# Ausführliche Erläuterung
der
# Pandecten
nach
# Hellfeld
# ein Commentar

von
D. Chriſtian Friedrich Glück
Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der
Friedrich-Alexanders Univerſität in Erlangen.

Achtzehnten Theils erſte Abtheilung.

Erlangen
in der Palmiſchen Verlagshandlung.
1816.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

# Fortſetzung des Titels
# Locati conducti.

## §. 1061.

### Endigung des Mieth- oder Pacht-Contracts.

Die Erlöſchungsgründe dieſes Contracts [1]) ſind ſehr verſchieden. I. Gemeine, als mutuus diſſenſus, wenn der Contract noch von keinem Theile erfüllt iſt; eben ſo, wie bey dem Kaufcontract [2]); desgleichen Verletzung über die Hälfte, ohne Unterſchied, es mögen Sachen oder Dienſte vermiethet worden ſeyn [3]). II. Eigenthümliche. Dieſe können a) in einer Verabredung der Partheyen beruhen. Dahin gehört 1) wenn die in dem Contract beſtimmte Zeit abgelaufen, und der Contract nicht

1) *Gottl. Wilh.* DINKLER Diſs. de modis diſſolvendi contractum locationis conduct. rerum. *Lipſiae* 1726.

2) §. *ult. I. Quib. mod. tollit. obligat. L.* 80. *D. de Solution.* BRUMMER Exerc. de locat. et cond. Cap. V. §. 13. Man ſehe auch den 17. Th. dieſes Commentars §. 1027.

3) BRUMMER Exercit. cit. Cap. V. §. 9. et 10. und Th. 17. § 1049. S. 342. f.

nicht erneuert worden iſt [4]). Es kann auch bey der Verdingung eines Werks verabredet worden ſeyn, daß wenn es binnen einer gewiſſen Zeit nicht würde geliefert werden, dem Beſteller freyſtehen ſolle, daſſelbe durch einen Andern verfertigen zu laſſen, wobey denn aber freylich vorauszuſetzen iſt, daß die dem Erſteren geſetzte Zeit ganz abgelaufen ſeyn müſſe, ehe die Arbeit einem Andern übertragen werden kann [5]). Es muß auch dem Erſtern möglich geweſen ſeyn, binnen der beſtimmten Zeit die Arbeit zu vollenden [6]), welches dem billigen Ermeſſen der Sachverſtändigen überlaſſen bleibt. Fordert etwa der Zweyte für eben dieſe Arbeit mehr, ſo muß der Erſtere dem Beſteller des Werks dieſen Schaden erſetzen, wofern nicht etwa noch ſonſt ein Intereſſe wegen der Zeitverſäumniß erweißlich gemacht werden könnte.

*L.* 13.

4) *L.* 11. *Cod. h. t.* Invitos conductores seu heredes eorum post tempora locationis impleta non esse retinendos, saepe rescriptum est. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 39.

5) *L.* 72. §. 1. *D. de Verbor. obligat.* *L.* 124. *D. eodem.* HAASE de opere locato et conducto. Exerc. iur. civ. Rom. II. Cap. I. §. 4. Weſtphal vom Kauf, Pacht ꝛc. §. 959.

6) Wäre eine ſo kurze Zeit beſtimmt worden, daß binnen derſelben die Vollendung des Werks ganz unmöglich geweſen, ſo iſt der ganze Contract nichtig, denn man nimmt an, es ſey keinem Theile ein Ernſt geweſen, denſelben zu ſchließen. §. 5. *I. de Verb. obligat.* *L.* 2. §. 6. *D. de eo quod certo loco.* *L.* 24. *D. de operis libertor.* *L.* 31. *D. de obligat. et act.* *L.* 185. *D. de div. reg. iur.* WILLENBERG Exercit. cit. de opere conducto §. 11.

*L.* 13. §. 10. *D. h. t.* Ulpianus *libro* 32. *ad Edictum.* Si lege operis locandi comprehensum esset, ut, si ad diem effectum non esset, relocare id liceret, non alias prior conductor ex locato tenebitur, quam si eadem lege relocatum esset: nec ante relocari id potest, quam dies efficiendi praeterisset.

*L.* 58. §. 1. *D. h. t.* Labeo *libro* 4. *Posteriorum a* Javoleno *epitomatorum.* In operis locatione erat dictum, *ante quam diem effici deberet:* deinde, si ita factum non esset, quanti locatoris interfuisset, tantam pecuniam conductor promiserat. Eatenus eam obligationem contrahi puto, *quatenus vir bonus de spatio temporis aestimasset:* quia id actum apparet esse, ut eo spatio absolveretur, sine quo fieri non possit [7].

Daß auch der Verdinger des Werks ſelbſt dem Unternehmer deſſelben kein Hinderniß dürfe in den Weg gelegt haben, verſteht ſich [8]. War ſchon ein Theil des Werks fertig, es iſt aber durch einen Unglücksfall alles wieder vernichtet worden, ſo daß das ganze Werk von vorne wieder

7) *L.* 39. *D. de reg. iur.* *L.* 105. *D. de verbor. obligat.* *L.* 23. *D. de obligat. et action.*

8) *Ant.* FABER in Rational ad Pand. hat dieſe Worte irrig ſo verſtanden, als ob die Beyfügung einer unmöglich zu beobachtenden Zeit bey bonae fidei Contracten als nicht beygefügt angeſehen werde. Allein dieſe Meinung widerlegt mit Recht *Barth.* CHESIUS Interpretat. iuris Lib. I. cap. 22. p. 103. sqq. (*Liburni* 1657. *f.*) Man ſehe auch Weſtphal §. 959. S. 722.

wieder angefangen werden muß; ſo erliſcht der Contract nicht, wenn nun das neue Werk nicht binnen der Zeit fertig wird, die noch zur Vollendung des erſtern übrig war; ſondern es muß jetzt dem Arbeiter die ganze Zeit wieder geſtattet werden.

*L.* 15. *D. de Verbor. obligat.* POMPONIUS *libro* 27. *ad Sabinum.* Et ideo haesitatur, si aliqua pars insulae facta sit, deinde incendio consumta sit, an integrum tempus computandum sit rursus ad aedificandam insulam, an vero reliquum dumtaxat exspectandum, quod deerat? et verius est, ut integrum ei detur.

2) Der Verabredung der Partheyen zu Folge endiget ſich auch der Contract, wenn die Bedingung deſſelben nicht erfüllt wird. Z. B. der Unternehmer eines Werks hatte einen zu niedrigen Koſten-Anſchlag gemacht. Hier kann der Beſteller von dem Contract abgehen, wenn ſich nachher der Irrthum entdeckt, und hatte er dem Unternehmer bereits das Geld dazu vorgeſchoſſen, ſo muß dieſer den noch nicht verwendeten Theil deſſelben wieder herausgeben[9]. Sollte gar ein Dolus von Seiten des Unternehmers erweislich ſeyn, ſo würde das volle Intereſſe, mithin auch Erſatz des ſchon verwendeten Geldes gefordert werden können[10].

*L.* 60.

9) S. *Guil.* FORNERIUS Selectionum Lib. III. cap. 3. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* T. II. pag. 85.) HAASE cit. Diss. II. Cap. VI. §. 1. und Weſtphal §. 1018.

10) *L.* 13. §. 1—3. *D. de act. Emti Vend. Jac.* CUJACIUS Observation. Lib. XIX. cap. 22.

*L.* 60. §. 4. *D. h. t.* LABEO *Poſteriorum libro* 5. *a Iavoleno epitomatorum.* Mandavi tibi, ut excuteres, quanti villam aedificare velles: renuntiaſti mihi, ducentorum impenſam excutere: certa mercede opus tibi locavi: poſtea comperi non poſſe minoris trecentorum eam villam conſtare: data autem tibi erant centum, ex quibus cum partem impendiſſes, vetui te opus facere. Dixi, ſi opus facere perſeveraveris, ex locato tecum agere, ut pecuniae mihi reliquum reſtituas.

Auſſer der Verabredung können aber auch b) andere rechtmäßige Urſachen eintreten, welche 1) den Contract von ſelbſt aufheben. Dahin gehört, a) Untergang der vermietheten oder verpachteten Sache, oder des zur Erbauung eines Hauſes dem Baumeiſter angewieſenen Platzes [11]. b) Erwerbung des Eigenthums der gemietheten Sache [12]. c) Tod einer der Partheyen, inſofern auf ihre Perſon Rückſicht genommen worden iſt [13]; auſſer-

11) *L.* 9. §. 1. *D. h. t.* Weſtphal §. 1027. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 680. HAASE cit. Exerc. II. Cap. VI. §. 4.

12) *L.* 9. §. *ult. D. h. t.* wo Ulpian ſagt: Si alienam domum mihi locaveris, eaque mihi legata vel donata ſit, non teneri me tibi ex locato ob penſionem. Sed de tempore praeterito videamus, ſi quid ante legati diem penſionis debetur? Et puto ſolvendum. Nur für das Vergangene kann alſo noch actio locati erhoben werden. Weſtphal §. 919.

13) *L. un.* §. 9. *Cod. de caducis toll.* (VI. 51.) S. HAASE cit. Commentat. II. de opere locato et conducto. Cap. III. §. 6.

auſſerdem hört der Contract durch den Tod der Partheyen nicht auf, da die beyderſeitigen Verbindlichkeiten auf die Erben übergehen [14]), wenn auch ſelbſt die Verfertigung eines Werks wäre verdungen worden [15]). Hätte jedoch der Vermiether die Dauer des Contracts von ſeinem Belieben abhängig gemacht, ſo iſt der Contract, wenn er ihn nicht ſchon bey ſeinem Leben aufgekündiget hat, wenigſtens mit ſeinem Tode erloſchen [16]). d) Erlöſchung des

Rechts

14) §. 6. *J. h. t.* *L.* 19. §. 8. *D.* *L.* 10. *et* 11. *Cod. eodem.* *L.* 18. *Cod. de iure dot.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 58.

15) *L.* 13. *Cod. de contrah. et committ. stipulat.* (VIII. 38.) *Em.* MERILLIUS Exposit. in L. Decision. Iustiniani. Nr. X. pag. 23. cit. *Neapol.* 1720. 4. und HAASE cit. loc. Seltſam iſt der Fall, welcher in der *L.* 15. *Cod. eodem* entſchieden wird: Si quis spoponderit insulam, *cum moriebatur*, aedificare stipulatori, impossibilis veteribus videbatur huiusmodi stipulatio: sed nobis sensum contrahentium discutientibus, *verisimile esse videtur hoc inter eos actum, ut incipiat quidem contra morientem obligatio, immineat autem heredibus eius, donec ad effectum perducatur.* Nemo enim ita stultus invenitur, ut putaret, posse tantum aedificium in uno momento horae extollere: vel eum, qui moritur, talem habere sensum, quod ipse sufficeret ad huius operis completionem. *Sancimus itaque, si quid tale evenerit, herédes eius teneri, ut factum, quod mortis tempore facere promisit, hoc heredes eius adimpleant, quasi speciali heredis mentione habita, licet hoc minime fuerit expressum.*

16) *L.* 4. *D. h. t.* Locatio, precariive rogatio ita facta, *quoad is, qui eam locasset, dedissetve, vellet, morte eius, qui locavit, tollitur.* Denn der Wille hört mit dem Tode auf. *Ant.* PEREZ Praelect. in Cod. Lib. IV. Tit. 65. nr. 37. BRUMMER Cit. Exercit. Cap. V. §. 14.

Rechts des Locators an der verpachteten oder vermietheten Sache. Dieß iſt der Fall, wenn der Locator ein blos temporäres Recht an der Sache hatte, wie z. B. der Uſufructuar. Hat dieſer das nutznießliche Grundſtück auf mehrere Jahre verpachtet, und er ſtirbt vor Endigung der Pachtzeit, ſo hört der Pacht auf, und es findet gegen den Erben deſſelben kein weiterer Anſpruch Statt. Ja wenn auch der Pächter auf die Sache einen Aufwand gemacht hätte, der ihm erſt durch die längere Dauer des Contracts wieder zu Gute gekommen wäre, ſo kann er doch wegen des dadurch für ihn entſtehenden Schadens keinen Erſatz verlangen, weil er den Fall der frühern Beendigung des Contractsverhältniſſes als möglich vorausſehen konnte. Dieß ſetzt aber freylich voraus, daß der Locator die temporäre Beſchaffenheit ſeines Rechts dem Pächter nicht verſchwiegen habe. Denn hätte er ſich für den Eigenthümer ausgegeben, und in dieſer Eigenſchaft verpachtet, ſo müßte er wegen dieſes Betrugs billig für das ganze Intereſſe haften. Auf jeden Fall wird aber der Miethzins nur nach dem Verhältniß der Zeit bezahlt, da der Pächter den Nutzen gehabt hat.

*L.* 9. §. 1. *D. h. t.* ULPIANUS *libro* 32. *ad Edictum.* Hic subjungi potest, quod MARCELLUS *libro sexto Digestorum* scripsit: si fructuarius locaverit fundum in quinquennium, et decesserit, heredem eius non teneri, ut frui praestet, non magis quam, insula exusta, teneretur locator conductori. Sed an ex locato teneatur conductor, ut pro rata temporis, quo fruitus est, pensionem praestet, MARCELLUS quaerit: quemadmodum praestaret, si fructuarii servi operas conduxisset, vel habitationem. Et

Et magis admittit, teneri eum: et eſt aequiſſimum. Idem quaerit, ſi ſumtus fecit in fundum, quaſi quinquennio fruiturus, an recipiat? Et ait, non recepturum; quia, hoc evenire poſſe, proſpicere debuit. Quid tamen, ſi non quaſi fructuarius ei locavit, ſed ſi quaſi fundi dominus? Videlicet tenebitur: decepit enim conductorem: et ita Imperator ANTONINUS cum Divo SEVERO reſcripſit. In exuſtis quoque aedibus eius temporis, quo aedificium ſtetit, mercedem praeſtandam reſcripſerunt.

Nicht ganz das Nämliche gilt in dem Falle, wenn der Ehemann ein zum Heyrathsgut der Frau gehöriges Grundſtück auf mehrere Jahre verpachtet hat, und vor deren Ablauf die Ehe getrennt wird. Die Frau iſt zwar den Contract zu halten nicht verbunden. Jedoch kann ſich der Mann, oder deſſen Erbe, wenn ihr das Heyrathsgut prälegirt worden iſt, von der Frau verſprechen laſſen, daß ſie den Pächter nicht vertreiben wolle, und ſie erhält dann das Heyrathsgut nicht eher zurück, als bis ſie deshalb Caution geleiſtet hat, daß ſie auch den Mann entſchädigen wolle, wenn er etwa dem Pächter das Intereſſe zu leiſten verurtheilt werden ſollte. Dagegen gebührt ihr aber auch von Zeit der Trennung der Ehe an das Pachtgeld, und auch ihr muß deshalb Sicherheit geleiſtet werden [17].

*L.* 25.

17) S. *Iac.* CUJACIUS in Iulio Paulo ad L. 25. §. 4. D. Solut. matrim. (in *Operib. poſtum.* a FABROTO *Lutetiae Pariſior.* 1658. edit. Tom. II. pag. 596. sqq.) *Ant.* FABER de Erroribus Pragmaticorum Decad. XXIV. Err. 4. *Io.* VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 17. und *Io.* D'AVEZAN Con-

*L. 25. §. 4. D. Soluto matrimonio.* PAULUS *libro* 36. *ad Edictum.* Si vir in quinquennium locaverit fundum, et post primum forte annum divortium intervenerit: SABINUS ait, non alias fundum mulieri reddi opportere, quam si caverit, *si quid praeter unius anni locationem maritus damnatus sit, id a se praestatum iri:* sed et mulieri cavendum, *quidquid praeter primum annum ex locatione vir consecutus fuerit, se ei restituturum.*

*L.* 1. §. *ult. D. de dote praelegata.* ULPIANUS *libro* 19. *ad Sabinum.* Ibidem MELA conjungit, si fundus in dote fuit locatus a marito ad certum tempus: uxorem non alias fundum ex relegatione consequi, quam si caverit, *se passuram colonum frui:* dummodo ipsa pensiones percipiat.

Ob auch freywillige Veräuſſerung einer ſolchen Sache, woran der Locator das unumſchränkte Eigenthum hatte, z. B. durch Kauf, Schenkung, Vermächtniß, oder durch Gebung der Sache in Nießbrauch, dem darüber ſchon vorher auf beſtimmte Zeit geſchloſſenen Pacht oder Mieth-contract noch vor Ablauf derſelben ein Ende mache, iſt ſtreitig. Nach der bekannten Verordnung des Kaiſers Alexander in der *L.* 9. *Cod. h. t.* iſt der Käufer nicht ſchuldig, den Conductor in dem Pacht zu laſſen, auſſer wenn ihm der Verkäufer die Fortſetzung des Contracts mit dem bisherigen Pächter zur ausdrücklichen Bedingung gemacht hat. Hier iſt dann der Fall vorhanden, da Jemand

Contractuum Libr. II. Tr. II. de locat. et conduct. §. *Possunt et aliae.* (*Thes. Meermann.* T. IV. pag. 103.)

mand zum Beſten eines Dritten, des Conductors, etwas verſprochen hat. Da nun der Locator, dem das Verſprechen geſchehen iſt, ein pecuniäres Intereſſe bey der Erfüllung deſſelben hat, ſo kann er nicht nur ſelbſt auf die Erfüllung klagen, ſondern es erwirbt auch der Dritte, nämlich der Conductor, welchem der Locator, als Promiſſar, ſeine Rechte hätte abtreten können, nach den Verordnungen des neuern Römiſchen Rechts [18]), ohne dieſe Ceſſion als nothwendig zu erfordern [19]), ein Recht aus jenem Vertrage, welches utiliter auch von ihm ſelbſt geltend gemacht werden kann [20]). Betrachten wir aber die Worte der angeführten Verordnung genauer, ſo erſcheint daraus ganz klar, daß der Kaiſer nichts weniger, als die Abſicht gehabt habe, dadurch einen neuen Rechtsſatz einzuführen, ſondern alles zeigt vielmehr, daß er blos einen allgemeinen längſt bekannten Rechtsſatz auf einen vorliegenden Fall anwenden wollte. Sie lauten folgendermaſſen:

> Emtorem quidem fundi necesse non est stare colono, cui prior dominus locavit: *nisi ea lege emit.* Verum si probetur aliquo pacto consensisse, *ut in eadem conductione maneat*, quamvis sine scripto, bonae fidei iudicio ei, quod placuit, parere cogetur.

Daß

18) *L. pen. C. ad exhib. L.* 3. *et* 4. *C. Si certum petat. L.* 37. §. 3. *D. de legat. III. L.* 26. *pr. D. Depositi.*

19) Anderer Meinung iſt zwar *Ulr.* HUBER Praelect. ad Institut. Lib. III. Tit. 25. §. 11. in fin. Allein die *L.* 9. *Cod. h. t.* widerlegt ihn ſchon ſelbſt.

20) S. Weber ſyſt. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 89. a. S. 371. ff.

Daß aber dieſes alles ſchon längſt vorher nicht nur bey dem Verkaufe, ſondern auch bey jeder andern Veräuſſerung bekannten Rechts war, erhellet aus folgenden Fragmenten der Römiſchen Rechtsgelehrten.

*L.* 25. §. 1. *D. h. t.* Caius *libro* 10. *ad Edictum provinciale.* Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emtorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo *ex conducto.*

*L.* 32. *D. eodem.* Julianus *libro* 4. *ex Minicio.* Qui fundum colendum *in plures annos* locaverat, decessit, et eum fundum legavit. Cassius negavit, posse cogi colonum, ut eum fundum coleret, quia nihil heredis interesset. Quodsi colonus vellet colere, et ab eo, cui legatus esset fundus, prohiberetur, *cum herede actionem colonum habere*, et hoc detrimentum ad heredem pertinere: sicuti si quis rem, quam vendidisset, necdum tradidisset, alii legasset, heres eius emtori et legatario esset obligatus.

*L.* 120. §. 2. *D. de legat. I.* Ulpianus *libro* 2. *Responsorum.* Fructus ex fundo pure legato, post aditam hereditatem a legatario perceptos, ad ipsum pertinere: colonum autem cum herede *ex conducto* habere actionem.

*L.* 59. §. 1. *D. de usufructu.* Paulus *libro* 3. *Sententiarum.* Quidquid in fundo nascitur, vel quidquid inde percipitur, ad fructuarium pertinet:

pen-

penſiones quoque iam antea locatorum agrorum, ſi ipſae quoque ſpecialiter comprehenſae ſint. *Sed ad exemplum venditionis, niſi fuerint ſpecialiter exceptae, poteſt uſufructuarius conductorem repellere.*

Der in dieſen Geſetzen gegründete Satz, daß der ſucceſſor ſingularis, er ſey Käufer, Legatar, Donatar, oder auch nur Uſufructuar an den vor der Veräuſſerung mit einem Dritten über die Sache geſchloſſenen Mieth- oder Pacht-Contract nicht gebunden, ſondern den Conductor vor der Zeit zu vertreiben berechtiget ſey, iſt übrigens, ſo auffallend er auch ſcheint, doch der Rechtsanalogie vollkommen gemäß. Er iſt eine ganz natürliche Folge des Grundſatzes des Römiſchen Rechts, daß ein ius in rem, welches gegen jeden Dritten, der ſich mir auch auf keine Weiſe verbindlich gemacht hat, verfolgt werden kann, im Falle der Colliſion dem iuri in perſonam vorgeht, weil letzteres nur gegen eine beſtimmte mir verpflichtete Perſon geltend gemacht werden kann. Der Conductor hat aber vermöge des Contracts nur ein perſönliches Recht gegen den Locator, von welchem er denn auch billig Erſatz alles Schadens verlangen kann, den er durch die frühere Beendigung des Contracts leidet. An den Dritten hat er keine Forderung, dem der Verpächter ein dingliches Recht an der nämlichen Sache gegeben hat. Sehr treffend vergleicht daher Julian den Pächter mit einem Käufer, dem die Sache noch nicht übergeben worden war, welche der Verkäufer nachher einem Andern in ſeinem Teſtament vermacht hatte. Der Käufer hat hier, wie der Pächter, nur ein perſönliches Recht; beyde müſſen dem Legatar weichen, auf welchen mit dem Tode des Erblaſſers das Eigenthum der

der Sache übergegangen iſt, und können bloß von dem Erben Entſchädigung fordern.

So klar läßt ſich alſo die Richtigkeit des noch jetzt geltenden Sprüchworts: Kauf bricht Miethe, aus den Geſetzen und der Rechtsanalogie erweiſen [21]). Dennoch haben mehrere Rechtsgelehrten [22]) die Gültigkeit deſſelben

21) S. Hugo civiliſtiſches Magazin 1. Band S. 268. ff. Weſtphal §. 1028. und Eiſenhart's Grundſätze der deutſchen Rechte in Sprüchwörtern. IV. Abth. Nr. XXXI. A. S. 388. ff. (Leipzig 1792.)

22) Bekannt iſt *Herm.* ZOLLII Disput. ad L. 9. Cod. de loc. cond. *Rintelii* 1687. Dagegen erſchienen zwar *Otto Phil.* ZAUNSCHLIFFER Vindiciae ſecundum interpretationem L. 9. Cod. de loc. et cond. *Marb.* 1688. et in *Oper. iurid.* Francof. ad Moen. 1699. Allein es folgte *H.* ZOLLII Defenſio ſententiae novae, Kauf hebt Miethe nicht auf. *Rintel.* 1690. Zaunſchliffer antwortete in der Schrift: Vindiciae vindiciarum triti illius: Kauf geht vor Miethe. *Marb.* 1691. Das letzte Wort blieb aber in folgender Schrift dem Herm. Zoll: Kauf hebt Miethe nicht auf, ſive Commentatio ad L. 9. Cod. de loc. et cond. qua communis ſententia et hinc enata vulgaris paroemia: Kauf geht vor Miethe: denuo et fuſius refellitur. *Rintel.* 1704. welche nachher nochmals vermehrt und verbeſſert *Ienae* 1735. erſchien. Die Gründe beyder Theile haben nachher erwogen *Ephr.* GERHARD in Diſs. de regula iuris Germ. Kauf geht vor Miethe. *Altorfii* 1725. *Dan. Frid.* HOHEISEL Deciſio quaeſtionis inter DD. agitatiſsimae: utrum ſucceſſor ſingularis expellere queat conductorem? vulgo: Ob Kauf Miethe breche? *Halae* 1735. *Ev.* OTTO Diſs. de iure emtoris expellendi conductorem. *Ultraj.* 1736. und *Sal. Will.* STORM Diſs. de iure emtoris expellendi conductorem ad L. 9. C. de loc. cond. *Franequerae* 1755. und

ſelben lebhaft zu beſtreiten geſucht. Sie haben darzuthun ſich bemüht, daß jener angenommene Satz höchſt unbillig und in keinem Recht gegründet ſey, vielmehr ſowohl dem natürlichen [23]), als dem Römiſchen [24]), ſo wie dem Canoniſchen

und der gemeinen Meinung den Vorzug gegeben. Allein *Aug. Rud. Ios.* BÜNEMANN in Diſs. de emtore conductorem ſecundum ius civile non expellente. *Goettingae* 1761. fochte ſie aufs neue an, und nahm die Zolliſche Meinung in Schutz. Er wurde aber von *Io. Christoph.* LUDEWIG in Diſs. de emtore non ſtante locationi anteceſſoris. *Goettingae* 1762. mit vieler Gründlichkeit widerlegt, während *Io. Henr. Herm.* FRIES in Meditat. iurid. de iniquitate et inſtabilitate vulgati: Kauf geht vor Miethe. *Francof. ad Moenum* 1762. 4. die entgegengeſetzte Meinung wieder zu vertheidigen geſucht hat. Für die gemeine Meinung ſind nachher noch folgende neuere Schriften erſchienen. *Io. Christ.* QUISTORP Diſs. an et quatenus ſucceſſores locatoris tam univerſales quam ſingulares ex locatione ab ipſo celebrata teneantur. *Rostochii* 1766. und *Henr.* LAMPE Diſs. de vi et efficacia cautelarum pro tuendo iure conductoris adverſus emtorem rei locatae expellentem. *Goett.* 1795. Man ſehe übrigens über dieſe Controvers Nettelblatts Beiträge zur juriſt. gelehrten Hiſtorie. St. VII. Nr 4. S. 525. ff. und *Car. Fr.* WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. Memb. IV. Subs. II. §. 12. pag. 642.

23) *Car. Andr.* CHRISTIANI Diſs. Num paroemia iuris, emtor expellit conductorem, Kauf geht vor Miethe, ſit iuris naturalis? *Regiom.* 1749.

24) *L.* 7. §. 7. *D. de pact.* *L.* 29 *C. eodem.* *L.* 5. *Cod. de obligat. et act.* *L.* 54 *L.* 160. §. 2. *L.* 175. §. 1. *L.* 177. *pr. D. de div. Reg. iuris.*

ſchen [25]), und deutſchen Rechte [26] offenbar widerſtreite. Denn alle ſtimmten darin überein, daß man Wort halten müſſe, und kein Contrahent dem andern hintergehen dürfe. Alle ſprächen vereint den Satz aus, daß man nicht mehr Recht auf den Andern übertragen könne, als man ſelbſt habe, und folglich auch Niemand mehr Recht haben könne, als ſein Auctor hatte, von dem er das Recht erhielt. So wenig alſo der Verkäufer den Pächter habe vor der Zeit vertreiben können, ſo wenig könne auch der Käufer dazu berechtiget ſeyn. Dieſem wären auch die angeführten Geſetze nicht entgegen. Denn die *L.* 9. *Cod. h t.* rede nicht von einem ſolchen Falle, wo der Pacht auf beſtimmte Zeit geſchloſſen worden, und dann ſey auch die Leſeart ſelbſt noch zweifelhaft, indem in einigen alten Handſchriften geleſen werde: *Emtori* quidem fundi neceſse non est stare *colonum.* Das Geſetz ſage alſo nur ſoviel, daß der Pächter in dem Falle, da die Sache verkauft worden, die Pachtzeit auszuhalten nicht verbunden ſey, wofern er es nicht durch einen Vertrag verſprochen habe. Die übrigen Geſetzſtellen aber redeten theils nicht von jedem Conductor, ſondern nur von einem colonus, welchem es weit leichter ſey, einen eben ſo nutzbaren Fundus wieder in Pacht zu erhalten, als einem Inquilinus eine eben ſo bequeme Wohnung; theils ſey auch nur von einem prohibere, oder repellere colonum die Rede, welches alſo den Fall vorausſetze,

25) *Cap.* 46. *Cap.* 79. *de reg. iuris in VI. Cap.* 1. 3. *et* 9. *X. de pactis. Cap.* 1. *et* 3. *X. de locato.*

26) *Capitulare Caroli et Ludov. Pii.* L. VI. c. 133. 149. et 365.

ſetze, daß der Pächter noch nicht im Beſitz ſey, wohl aber derjenige, an den die Sache veräuſſert worden. Denn repellere ſey unterſchieden von expellere, welches einen Beſitz vorausſetze. Daß aber der neue Erwerber oder Successor singularis den Pächter auch aus dem Beſitz der gepachteten Sache zu vertreiben befugt ſey, werde nicht geſagt. Allein alle dieſe Gründe ſind ſämmtlich von Andern ſchon geprüft, und hinlänglich widerlegt worden [27]). Daß der Satz, Kauf bricht Miethe, ſogar dem Naturrechte nicht zuwider ſey, hat der unſterbliche Kant [28]) ausführlich gezeigt, obwohl ihm hierin die meiſten Neuern [29]) widerſprechen. Er iſt auch der Verbindlichkeit der Verträge nicht entgegen, weil dem Conductor in allen Geſetzen die Klage aus dem Contract gegen den Locator geſtattet wird. Die Regel: Nemo plus iuris in alterum transferre potest, quam ipse haberet, welche Ulpian *L. 54. D. de Reg. iur.* giebt, gehört nicht hierher. Sie geht auf den Erben, wie Jac. Gothofredus [30]) gezeigt hat, nicht auf den Successor singularis, den

27) Man ſehe hier beſonders die in der Note 22. angeführte Schrift von LUDEWIG als die beſte und ausführlichſte. Ueberdem *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 24.

28) Erläuternde Anmerkungen zu den metaphyſiſchen Anfangsgründen der Rechtslehre von Immanuel Kant. Königsberg 1798. Nr. 4. S. 12. ff.

29) S. Hufeland Lehrſätze des Naturrechts. §. 631. Not. 2. Thomas Lehrbuch der natürlichen Rechtswiſſenſchaft. §. 157. Not. c. und H. HofR. Gros Lehrbuch der philoſoph. Rechtswiſſenſchaft. §. 215. Not. 1. (S. 161. der 3. Ausgabe, Tübingen 1815.)

30) Commentar. in Tit. Dig. de divers. regulis iuris ad L. 54. cit. pag. 242. sqq.

den die Handlungen ſeines Auctors nicht verbinden [31]). Es iſt daher die Emendation der *L.* 9 *C. h. t.* ſchlechthin zu verwerfen. Denn ſie paßt nicht zu den Worten: nisi ea lege emit [32]). Die Unrichtigkeit der übrigen Geſetzerklärungen leuchtet aus den Worten der Geſetze von ſelbſt hervor. Das Canoniſche Recht ſteht auch dem Satz eben ſo wenig entgegen. Die oben angeführten Texte beweiſen wenigſtens nichts. Endlich haben auch die meiſten deutſchen Landesgeſetze [33]) den Satz des Römiſchen Rechts beſtätiget. Nur wenige weichen davon ab [34]); und wo die Landesgeſetze darüber nichts entſcheiden, da hat die Praxis das Römiſche Recht angenommen [35]).

Es giebt endlich 2) auch Urſachen, welche bald den Locator, bald den Conductor berechtigen, den Con-

 tract

31) *Io.* DOMAT Les Loix civiles dans leur ordre naturel. Liv. I. Tit. 4. Sect. 3. §. 4.

32) S. Höpfners Commentar über die Inſtitutionen §. 890. Not. 4. S. 946.

33) Eine Menge ſolcher Stadt- und Landrechte führt LUDEWIG in Diss. de emtore non stante locationi antecessoris §. 49. an.

34) Z. B. das Hamburgiſche Stadtrecht P. II. Tit. 9. Art. 13. Frankfurter Reformation P. II. Tit. 1. §. 1. und Tit. 14. §. 11. Oſtfrieſiſches Landrecht Lib. II. Cap. 270. Preußiſches Landrecht 1. Th. 21. Tit. §. 358.

35) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXXI. §. 23. MEVIUS P. V. Decis. 33. et 339. P. VI. Decis. 144. L. B. a WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. II. Obs. 470. et Tom. II. P. VII. Obs. 3. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III Specim. CCXX. medit. 7. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 30. Struben rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 57. S. 211.

tract vor der Zeit aufzukündigen, welche aber ſchon oben §. 1052. und §. 1058. vorgekommen ſind.

## §. 1062.

Rechtsmittel gegen den Conductor, welcher dem Successor singularis in Güte nicht weichen will. Kann der Conductor zur Fortſetzung des Contracts genöthiget werden, wenn er nicht bleiben will?

Den Geſetzen und der Praxis iſt es alſo gemäß, daß der Successor singularis des Locators nicht ſchuldig ſey, die Sache dem Conductor ſo lange, als die Contractzeit dauert, im Genuſſe zu laſſen; ſondern vielmehr befugt ſey, ſogleich auf die Abtretung der Sache zu dringen, wenn nicht der Locator bey der Veräuſſerung derſelben den Erwerber die Fortſetzung des Contracts ausdrücklich zur Pflicht gemacht hat [36]). Denn in dieſem Falle tritt der neue Erwerber in das Contractsverhältniß ſeines Auctors ein, und kann daher auch nur die Pachtgelder für die Zukunft fordern, welche ſeinem Auctor, als Verpächter, ſind verſprochen worden, nicht aber diejenigen, welche bey einer Afterverpachtung von dem Conductor bedungen worden ſind, wenn dieſe etwa mehr betragen ſollten [37]). Noch andere

36) Handelt der Erwerber dieſem Vertrage entgegen, ſo kann der Conductor dem Locator litem denunciiren, oder dem Succeſſor auch ſelbſt utiliter die exceptio pacti conventi entgegenſetzen. Denn der Succeſſor hat hier die Vertragsverbindlichkeit ſeines Auctors übernommen. *L.* 25. §. 1. *D. h. t.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 65.

37) *L.* 53. *pr. D. de act. emti et vend. L.* 58. *pr. D. Locati.* S. *Ge.* D'ARNAUD Variar. Conjecturar. iuris civ. Lib. I. cap. 22.

andere Ausnahmen von jener Regel werden §. 1063. vorkommen.

Wenn nun aber die Frage entſteht, was dem Successor singularis des Verpächters gegen den Conductor für Rechtsmittel zuſtehen, wenn dieſer im Falle einer geſchehenen Veräuſſerung der vermietheten oder verpachteten Sache den Beſitz zu räumen ſich weigert, ſo ſind dieſe ſehr verſchieden [38]). Der Successor singularis kann

I) gegen ſeinen Auctor, und deſſen Erben aus dem Geſchäft ſelbſt klagen, aus welchem die Sache auf ihn gekommen iſt, z. B. actione emti, und ſein Geſuch darauf richten, daß ihm der Beklagte den geräumten Beſitz der Sache verſchaffe. Er kann aber auch

II. gegen den Conductor klagen, und zwar 1) mittelſt des von dem Locator ihm abgetretenen Rechts. Dieß ſetzt aber freylich voraus, daß der Locator ſelbſt ſchon ein Klagerecht hatte. Es muß alſo der Contract entweder wegen geendigter Pachtzeit oder aus irgend einem andern rechtlichen Grunde geendiget ſeyn. Denn die dem Succeſſor abgetretene Klage iſt die Contractsklage. Mit dieſer kann aber der Succeſſor vor geendigtem Contract den Conductor nicht verdrängen, da er, als Ceſſio-

38) S. *Ge. Henr.* AYRER Progr. de genere actionis adversus conductorem emtori cedere nolentem instituendae. (in *Opusc. minor. Gott.* 1740. Tom. I. Nr. 6. pag. 217.) Joh. Chriſt. von Quiſtorp rechtliche Bemerkungen 2. Th. herausgegeben von Wieſe. Leipz. 1798. Bemerk. VIII. S. 26. ff. und Adolph Diet. Weber Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 2. u. 3. Stück. Schwerin und Wismar 1802. Nr. 14. S. 97. ff.

Ceſſionar des Locators, nicht mehr Recht, als dieſer, ſich zueignen, folglich auch nicht früher, als es dieſem der Contract erlaubt, auf die Ablieferung der Sache dringen kann. Hatte der Locator dem Käufer aufgetragen, in das verpachtete Gut zu gehen, und ſich den Beſitz deſſelben von dem Pächter einräumen zu laſſen, der Pächter aber den Beſitz zu räumen ſchlechterdings verweigert; ſo findet gegen den Conductor auch das Interdictum unde vi [39]), oder nach dem Canoniſchen Recht die Spolien-Klage [40]) Statt. Nihil enim intereſt, ſagt Marcellus [41]), colonus dominum ingredi volentem prohibuiſſet, an emtorem, cui iuſſiſſet dominus tradi poſſeſſionem, non admiſit. Igitur colonum *Interdicto Unde vi* LOCATORI obſtrictum fore, quem dejeciſſe tunc videretur, *cum emtori poſſeſſionem non tradidit:* niſi forte propter iuſtam et probabilem cauſam id feciſſet. Dieß ſetzt nun aber natürlich wieder voraus, daß der Verpächter ſelbſt die Sache wieder in Beſitz zu nehmen befugt, mithin die Pachtzeit geendiget ſeyn müſſe. Der Käufer kann ſich daher dieſer Rechtsmittel nur inſofern bedienen, als ſich ſein Vorgänger, in deſſen Namen er handelt, derſelben bedienen konnte. Es können mithin dieſe aus der Weigerung des Pachters, und der dadurch geſchehenen Stöhrung des Be-

39) *L.* 12. *et L.* 18. *D. de vi et vi armata.* Beyde Stellen hat ſehr gut erklärt WERNHER Sel. Obſervat. for. T. II. P. VII. Obs. 3. Man ſehe auch LUDEWIG Diss. cit. de emtore non ſtante locationi anteceſſoris. §. 27.

40) LUDEWIG cit. Diss. §. 47.

41) *L.* 12. *D. de vi.*

Beſitzes des Verpächters entſtehenden poſſeſſoriſchen Klagen auf den Fall nicht bezogen werden, da der Käufer vor geendigtem Contract ſein beſonderes Recht an der Sache geltend machen will [42]). Hätte der Käufer nachher ſelbſt wider den Pächter Gewalt gebraucht, um den Beſitz der Sache zu erhalten, ſo wird das Interdictum Unde vi ſogar dem Pächter gegen den Käufer geſtattet, wenn gleich der Conductor durch widerrechtlich verweigerte Ablieferung der Sache ſich ſchon vorher dem Locator verantwortlich gemacht hatte. Es gereicht dem Käufer auch nicht einmal zur Entſchuldigung, wenn ihm der Verkäufer ſelbſt geheiſſen hätte, Gewalt zu gebrauchen, weil ein ſolcher Auftrag unerlaubt iſt, wie aus folgender Geſetzſtelle erhellet.

*L. 18. pr. D. de vi et vi armata.* Papinianus *libro 26. Quaestionum.* Cum fundum, qui locaverat, vendidisset, iussit emtorem in vacuam possessionem ire, quem colonus intrare prohibuit: postea emtor vi colonum expulit; interdictis unde vi quaesitum est. Placebat, colonum interdicto venditori teneri: quia nihil interesset, ipsum an alium ex voluntate eius missum intrare prohibuerit: neque enim ante omissam possessionem videri, quam si tradita fuisset emtori: quia nemo eo animo esset, ut possessionem omitteret, propter emtorem,

42) Anderer Meinung ſind zwar viele, z. B. Ludewig cit. Diss. §. 27. und Schmidt im Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 1004. denen auch Hellfeld beytritt. Allein man ſehe Weber in den angef. Beyträgen S. 99. und Deſſelben Anmerkung zu Schmidts angef. Lehrbuche S. 732. Not. i.

torem, quam emtor adeptus non fuisset: *emtorem quoque, qui postea vim adhibuit, et ipsum Interdicto* COLONO *teneri: non enim ab ipso, sed a venditore, per vim fundum esse possessum, cui possessio esset ablata.* Quaesitum est, an emtori succurri debeat, si voluntate venditoris colonum postea vi expulisset? Dixi, non esse invandum, qui mandatum illicitum susceperit.

2) **Mittelſt eigenem Rechts** kann ſich der successor singularis der Reivindication oder auch der actio Publiciana bedienen, es muß ihm nur in Fällen, wo dieſes zur Erwerbung des Eigenthums erfordert wird, die Sache ſchon übergeben worden ſeyn 43). So wie ihm nun dieſe petitoriſche Realklage des Eigenthums wider jeden

43) LUDEWIG in Diss. cit. §. 25. läugnet zwar, daß die actio Publiciana hier Statt finde, weil ſie vorausſetze, daß der Kläger einen früheren Beſitz, als der Beklagte, gehabt haben müße. Denn die *L. ult. D. de public. in rem act.* ſage, es ſey dieſe Klage dazu eingeführt, ut is, qui bona fide emit, possessionemque eius ex ea causa nactus est, potius rem habeat. Allein dem Pächter ſteht ja nicht einmal ein juriſtiſcher Beſitz an der Sache zu. *L.* 3. §. 12. *D. de acquir. vel amitt. poss. L.* 1. §. 10. *D. de vi.* und da das perſönliche Recht dem dinglichen weichen muß, ſo iſt ja der Conductor immer ein ſolcher, der ein ſchwächeres Recht hat, als der Kläger. Noch weiter geht BÜNEMANN in Diss. de emtore conductorem secundum ius civ. non expellente §. 28. Dieſer will dem Käufer nicht einmal die Reivindication geſtatten, weil ſich der Pächter die Sache nicht zueigne. Allein daß auch gegen den Conductor die Reivindication Statt finde, lehrt **Ulpian** in der *L.* 9. *D. de Rei ndivicat.*

den Beſitzer der Sache zuſteht, ſo wird dem Succeſſor in der Praxis auch noch eine Condiction gegen den Conductor geſtattet. Nach einigen die *Condicio ex L.* 9. *Cod. de locato et conducto* [44]), nach andern die *Condictio sine causa* [45]). Allein nach der Theorie läßt ſich dagegen einwenden, daß eine Condictio ex Lege nach *L. un. D. de condict. ex Lege* eine obligatio lege nova introducta vorausſetzt; für ein neues Geſetz aber kann die *L.* 9. *Cod. h. t.* nicht gehalten werden, da ſchon frühere Geſetze in den Pandecten darüber vorhanden ſind. Die Condictio sine causa aber, welche man darauf gründen will, daß der Pacht- oder Miethcontract durch den geſchehenen Verkauf des Grundſtücks von ſelbſt aufgehört habe, concurrirt nicht mit der Reivindication. Proditum est enim, ſagt **Ulpian** [46]), neminem *rem suam*, nisi furi, *condicere* posse [47]). Da indeſſen das Recht des Klägers wegen der für ihn ſprechenden klaren Geſetze außer Zweifel iſt; ſo mag hier gelten, was der Pabſt **Alexander** III. in dem *Cap.* 6. X. *de iudiciis* ſagt: Provideatis attentius, ne ita subtiliter, sicut a multis fieri solet, *cuiusmodi actio intentetur*, inquiratis, sed simpliciter et pure *factum ipsum* et *rei*

44) **Schmidt** Lehrbuch von Klagen §. 1004. AYRER c. l. p. 243.

45) AYRER c. l. pag. 244. von **Quiſtorp** a. a. O. S. 29. denen auch **Hellfeld** beytritt.

46) *L. ult. D. Usufruct. quemadm. cav.* S. den 13. Th. dieſes Commentars §. 836. S. 183. ff.

47) Daß weder die eine noch die andere Condiction hier Statt finde, iſt auch von LUDEWIG cit. Diss. §. 28. jedoch aus andern Gründen gezeigt worden.

*rei veritatem* secundum formam canonum Legumque praescripta investigare curetis.

So wenig nun der Successor singularis dem Conductor die Contractszeit auszuhalten ſchuldig iſt; eben ſo wenig kann auch der Conductor, wenn er nicht bleiben will, zur Fortſetzung des Contracts von dem neuen Eigenthümer genöthiget werden. Denn zwiſchen ihnen iſt kein Contractsverhältniß vorhanden. **Julian** ſagt dieſes auch in der oben angeführten *L.* 32. *D. h. t.* ausdrücklich, wo er den Fall entſcheidet, da der Eigenthümer das Grundſtück, was er auf mehrere Jahre verpachtet hatte, in ſeinem Teſtament nachher einem Dritten vermachte, und dann noch vor geendigter Pachtzeit ſtarb. Hier entſtanden zwey Fragen: 1) iſt der Pächter den Contract zu halten ſchuldig, wenn dem Legatar daran gelegen iſt, ihn zu behalten? 2) Wenn der Pächter gern bleiben möchte, iſt der Legatar ihn in dem Contract zu laſſen ſchuldig? beyde Fragen entſcheidet **Julian** verneinend; und beruft ſich in Betreff der erſtern Frage auf die Auctorität des **Caſſius**. CASSIUS negavit, ſagt er, posse cogi colonum, ut eum fundum coleret: und fügt noch den Grund hinzu: *quia nihil heredis interesset.* Denn von Zeit der angetretenen Erbſchaft an gehörten die Früchte dem Legatar, wie **Ulpian** *L.* 120. §. 2. *D. de legat. I.* in dieſem nämlichen Falle lehrt, welcher daher dem Pächter die actio conducti gegen den Erben, der für die Handlungen ſeines Erblaſſers haften muß, wegen der Entſchädigung des Pächters giebt. Daß dieſe Entſchädigung alsdann wegfalle, wenn der neue Eigenthümer den Pächter in dem bisherigen Contractsverhältniß laſſen, der Pächter aber den-

noch

noch nicht bleiben will, hat keinen Zweifel[48]). Denn dafür hatte ja auch nur der vorige Eigenthümer bey der Veräuſſerung der Sache zu ſeiner Deckung zu ſorgen, daß der Pächter von ſeinem Nachfolger nicht vertrieben werde[49]). Allein es fragt ſich, ob nicht der neue Eigenthümer, wenn ihm an der Fortſetzung des Pachtcontracts gelegen iſt, den Pächter dadurch halten könne, daß er ſich von dem vorigen Eigenthümer das Recht deſſelben aus dem Contract cediren läßt? Faſt alle[50]) beantworten dieſe Frage bejahend. Für dieſe Meinung läßt ſich auch anführen, daß hier nicht nur keine perſönlichen Verhältniſſe der Ceſſion im Wege ſtehen, indem es ja dem Conductor gleichviel ſeyn muß, ob er ſeinen Pachtzinß an den vorigen oder an den neuen Eigenthümer bezahlt; ſondern daß auch eine ſolche Ceſſion ſelbſt der Gleichheit der Rechte unter den Partheyen entſpricht, welche die Billigkeit erheiſcht. Denn ſo wie der neue Erwerber der Sache, wenn er ſich dem vorigen Eigenthümer durch Vertrag dazu verpflichtet hat, den Pächter behalten muß, bis der Contract geendiget iſt, und letzter ſich deshalb das Recht des Locators aus dieſem Vertrage kann abtreten laſſen; eben ſo iſt auch der

Päch-

48) S. LUDEWIG Diss. cit. de emtore non stante locationi antecessoris §. 32.

49) *L.* 25. §. 1. *D. Locati.*

50) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 69. *Zach.* HUBER Diss. ad L. 32. D. Locati. §. 6. sqq. (in EIUS *Dissertation. iurid. et philolog.*) P. II. (*Franequerae* 1706. 4.) pag. 358. sqq. LUDOVICI Doctr. Pand. h. t. §. 28. *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. P. II. §. 197. Weſtphal von Kauf- Pacht- und Mieth-Contract. §. 1034. u. a. m.

Pächter zu bleiben ſchuldig, wenn ſich der Käufer die Rechte des Verkäufers cediren läßt, in deſſen Stelle er dadurch eintritt. Demohngeachtet halten mehrere [51]) eine ſolche Ceſſion für unnütz, weil das Rechtsverhältniß auf Seiten des Pächters, von dem auf Seiten des neuen Eigenthümers ganz verſchieden ſey. Der letztere, ſagt man, habe in den Vertrag gewilliget, darum ſey er auch an ſein Verſprechen gebunden. Allein nicht ſo der Pächter, daher könne man auch von ihm nicht gleiche Verbindlichkeit erwarten. Dieſem könne es nicht gleichviel ſeyn, mit wem er in Contractsverhältniſſen ſtehe. In ſolchen Fällen erfordere auch die Ceſſion die Einwilligung des cedirten Schuldners [52]). Nam alteri per alterum non debet iniqua conditio inferri [53]). In der Gerechtigkeit der unter den Partheyen zu erhaltenden Gleichheit liege eher ein Grund für, als gegen den Pächter. Dieſe fordere, demſelben einen eben ſo freyen Abzug zu geſtatten, als dem neuen Eigenthümer das unumſchränkte Recht zuſteht, denſelben zu vertreiben. *Nemo enim debet aſpernari idem ius ſibi dici, quod ipſe aliis dixit, vel dici effecit* [54]). Dieſem allen aber trete noch der Ausſpruch des römiſchen Rechtsgelehrten **Julianus** bey, welcher

51) S. *Phil. Lud.* BECK Diss. de conductore in locatorem iuste retorquente paroemiam: Kauf bricht Miethe. *Altorfii* 1745. und LUDEWIG Diss. de emtore non stante locationi antecessoris §. 31.

52) *L. 3. C. de hered. vend. L. 2. C. Ne liceat. potent.*

53) *L. 74. D. de div. regulis iuris.*

54) *L. 1. D. Quod quisque iuris in alterum stat.*

welcher ausdrücklich ſage: non poſſe cogi colonum, *quia nihil heredis intereſſet.* Zwar giengen dieſe Worte nur auf den Erben. Allein habe der Erbe kein weiteres Intereſſe, was könne er dann für Rechte dem Legatar cediren [55]? Solle alſo der Pächter zur Fortſetzung des Contracts genöthiget werden können, ſo müſſe es entweder bey der Verpachtung zur Bedingung gemacht ſeyn, daß der Contract fortdauernd gültig bleiben ſolle, der Verpächter bleibe Eigenthümer des verpachteten Grundſtücks, oder veräuſſere ſolches vor geendigter Pachtzeit an einen Dritten; oder es müſſe der Pächter ſeine Einwilligung in die Fortſetzung des Contracts dadurch zu erkennen gegeben haben, daß er nach der geſchehenen Veräuſſerung in dem Pachte geblieben, und dem neuen Eigenthümer den Pachtzins bezahlt hat [56]. Allein dagegen iſt zu erinnern, daß die Geſetze, welche dem Verkäufer die Vorſichtsregel geben, daß er ſich von dem Käufer die Fortſetzung des Contracts mit dem bisherigen Conductor verſprechen laſſe, wenn er gegen die Anſprüche des letztern gedeckt ſeyn will, nirgends zur Rechtsbeſtändigkeit und Wirkſamkeit eines ſolchen Vertrags die Einwilligung des Pächters erfordern [57]; ſie lehren uns vielmehr, daß der Verkäufer dem Käufer, der Miethe und Miethgelder wegen, allerdings iura ceſſa geben könne [58]. Der Ausſpruch des Julianus ſteht dieſen auch nicht entgegen. Denn hätte der

55) *Dionys.* GOTHOFREDUS ad L. 32 D. h. t.

56) *Dav.* MEVIUS Tom. I. P. V. Decis. 29.

57) *L.* 25. §. 1. *D. h. t.* *L.* 9. *Cod. eodem.*

58) *L.* 53. *pr. D. de act. E. et V.* *L.* 58. *pr. D. Locati.* Weſtphal von Kauf rc. §. 626. und §. 910.

der Teſtator dem Legatar das Grundſtück mit dem ihm zuſtehenden Pachtrechte vermacht, ſo iſt es keinem Zweifel unterworfen, daß der Legatar, tanquam ex nominis legato, gegen den Pächter actione ex contractu utili auf die Fortſetzung des Contracts würde klagen können[59]. Dieß war nun aber freylich hier nicht geſchehen. Konnte denn alſo der Erbe, der doch den Erblaſſer repräſentirt, nicht dieſen Mangel ergänzen, und dem Legatar das Contractsrecht des Erblaſſers cediren? Zacharias Huber[60]) trägt kein Bedenken, dieſes zu bejahen, weil es rechtlich nicht unmöglich ſey, ein Recht oder Klage zu cediren, die man ſelbſt nicht habe. Er beruft ſich desfalls auf eine Stelle des Paulus, welcher in der *L.* 63. *D. de Uſufr.* ſage: Quod noſtrum non eſt, transferemus ad alios; velut is, qui fundum habet, quamquam uſumfructum non habeat, tamen uſumfructum cedere poteſt. Allein dieſe Stelle kann hier nicht zur Entſcheidung dienen. Es wird hier der Rückfall eines Rechts vorausgeſetzt, welches ſchon jetzt auf den Fall der Conſolidation allerdings auf einen Andern übertragen werden kann[61]). Allein in dem Falle, wovon Julian redet, hatte der Erbe gar kein Recht mehr, was er hätte abtreten können, weil das Eigenthum des vermachten Grundſtücks gleich nach dem Tode

59) Arg. §. 21. *I. de legatis* und *L.* 18. *Cod. eodem.*

60) Diss. cit. ad L. 32. D. h. t. §. 6.

61) S. *Franc. Car.* CONRADI Diss. ad Iulii Paulii ex libro sing. de iure singulari reliqua. *Lipsiae* 1728. Fragm. II. (in *Ge.* OELRICHS *Collect. Dissertation. historico-antiquario-iuridicar.* (*Bremae* 1785.) p. 368. sqq.)

Tode des Teſtators, mithin noch ehe der Erbe die Erbſchaft antrat, recta via, und ohne eine Handlung des Erben, auf den Legatar übergieng [62]). Daher erklärt ſich der von **Julian** angeführte Entſcheidungsgrund: *Quia nihil heredis intereſſet.* Der Legatar aber konnte noch weniger klagen, weil auf ihn, als einen Succeſſor ſingularis, die actio locati nicht übergieng [63]). Ein ganz anderer Fall aber iſt es, wenn der Locator bey der Veräuſſerung der Sache die ihm aus dem Mieth- oder Pachtcontract zuſtehenden Rechte dem Käufer zugleich mit dem Eigenthum der Sache cedirt. Hier iſt die Ceſſion ſo gültig, als wenn ihm dieſe Rechte mit der Sache im Teſtament wären vermacht worden. Man kann auch nicht ſagen, daß dadurch die Lage des Pächters verſchlimmert werde, weil der Succeſſor ſingularis nur an die Stelle des Verpächters tritt, und ſich der Rechte deſſelben bedient. Sollte der Grund etwas gelten, es könne dem Pächter nicht gleichviel ſeyn, mit wem er im Contractsverhältniß ſtehet; ſo würde ſich der Conductor auch für berechtiget halten können, dem Erben des Locators nach Gefallen den Contract aufzuſagen. Wer möchte dieſes wohl behaupten?

Daß übrigens der Conductor Erſatz alles Schadens fordern könne, den er durch die frühere Beendigung des Contracts leidet, worunter denn auch der ihm dadurch entzogene Gewinn begriffen iſt [64]), hat keinen Zweifel. Die oben angeführten Geſetze geſtatten ihm deshalb die actio

62) *L.* 80. *D. de Legatis II.* *L.* 64. *D. de furtis.*

63) S. POTHIER Pand. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. XIX. not. g.

64) *L.* 33. *D. h. t.*

actio conducti [65]). Dieſe findet nicht nur gegen den Locator, gegen welchen der Conductor auch zum iuramento in litem gelaſſen werden müßte [66]); ſondern auch gegen deſſelben Erben ſtatt, wenn der Erblaſſer die verpachtete Sache einem Dritten vermacht, und der Legatar den Pächter verdrängt hat. Der Pächter fordert hier ſeine Entſchädigung von dem Erben [67]). Nur dann fällt die Entſchädigungsklage weg, wenn der Verpächter ein blos temporäres Recht an der Sache hatte, und dieſe Beſchaffenheit ſeines Rechts auch dem Conductor nicht verſchwieg [68]).

## §. 1063.

### Ausnahmen von der Regel: Kauf bricht Miethe.

Die Regel, daß der Succeſſor singularis dem Pächter ſeines Vorgängers den Contract zu halten nicht verbunden ſey, leidet folgende Ausnahmen.

1) Wenn Jemand ein fiscaliſches Gut gepachtet hat, und dieſes noch vor geendigter Pachtzeit verkauft wird. Hier wird als ſtillſchweigende Bedingung angenommen, daß der Käufer den Pächter nicht vertreiben dürfe, theils um den Fiskus gegen alle Entſchädigungsanſprüche zu ſichern, theils aber auch zugleich dem Pächter deſſelben volle Sicherheit wegen der Benutzung auf die contract- mäßige

65) *L.* 25. §. 1. *D. h. t.*

66) *L.* 5. *pr. D. de in litem jur.* S. Runde Beyträge zur Erläut. rechtl. Gegenſtände 1. Th. S. 445.

67) *L.* 32. *D. h. t.*

68) *L.* 9. §. 1. *D. eodem.*

mäßige Pachtzeit zu gewähren [69]. Der Käufer erhält dafür auch den Pachtzins von Zeit der Adjudication an [70].

*L.* 50. *D. de iure fisci.* PAULUS *libro.* 3. *Decretorum.* — PAPINIANUS et MESSIUS novam sententiam induxerunt, *quia sub colono erant praedia,* iniquum esse fructus ei auferri universos, sed colonum quidem percipere eos debere, emtorem vero pensionem eius anni accepturum, *ne fiscus colono teneretur, quod ei frui non licuisset, atque si hoc ipsum in emendo convenisset:* pronunciavit tamen (sc. Procurator fisci) secundum eorum opinionem, quod si quidem a domino colerentur, universos fructus haberet; *si vero sub colono, pensionem acciperet* (sc. emtor).

2) Wenn ein Gläubiger blos rei servandae causa in die Güter seines Schuldners immittirt worden iſt, und der Schuldner noch vor der Immiſſion eine Sache verpachtet oder vermiethet hatte; ſo wird dadurch der Contract nicht aufgehoben, ſondern durch die Billigkeit des prätoriſchen Rechts bey Kräften erhalten; wenn auch gleich die Sache um ein geringeres Locarium verpachtet worden seyn ſollte, als man hätte erhalten können; es muß nur nicht geſchehen seyn, um die Gläubiger zu betrügen.

*L.* 8. §. 1. *D. de rebus auctoritate iud. possidend.* ULPIANUS *libro* 61. *ad Edictum.* Si quis fructus ex

69) LUDEWIG Diss. cit. de emtore non stante locationi antecessoris §. 14. und Juſt. Friedrich Runde Beyträge zur Erläuterung rechtlicher Gegenſtände 1. Band. Nr. XVI. S. 444. ff.

70) S. *Em.* MERILLIUS Observation. Lib. II. cap. 20. in fin.

ex praedio debitoris capi poterit, hunc creditor, qui in poſſeſſionem praedii miſſus eſt, vendere vel locare debet. Sed hoc ita demum, ſi ante neque venierit, neque locatus erit. Nam ſi iam a debitore vel locatus erat vel venierat: ſervabit Praetor venditionem et locationem a debitore factam, et ſi minoris diſtractum eſt vel locatum, niſi ſi in fraudem creditorum hoc fiat; tunc enim Praetor arbitrium dat creditoribus, ut ex integro locationem vel venditionem faciant.

Ob dieſe Beſtimmung des Römiſchen Rechts auf den heutigen Concurs der Gläubiger anzuwenden ſey, und daher die Gläubiger des verſchuldeten Verpächters gezwungen werden können, den Contract mit dem Pächter, den ſie auf den ſchuldneriſchen Guthe finden, fortzuſetzen, iſt ſtreitig. Einige [71]) glauben, es ſey dieſes, vermöge des angeführten Geſetzes, auch heut zu Tage gar keinem Zweifel unterworfen. Andere [72]) behaupten, daß die Concursgläubiger, auch ſchon deswegen, weil ſie als Repräſentanten des Gemeinſchuldners zu betrachten ſind, und alſo in dieſer Eigenſchaft keine andere Rechte haben könnten, als der Cridar, die von demſelben vor der Eröffnung des Concurſes

71) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VII. Spec. CCCCXCIV. medit. 9. WERNHER Sel. Obſervat. for. T. III. P. III. Obs. 47. HOMMEL Rhapsod. quaeſtion. for. Vol. I. Obs. 193. *Ge. Lud.* BOEHMER Electa iuris civ. Tom. I. Exercit. XI. §. 1. pag. 331. und Weber zu Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. §. 1005. Not. u. S. 734.

72) von Bülow und Hagemann pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit. 3. B. Erört. L. S. 283. Dabelow ausführliche Entwicklung der Lehre vom Concurſe der Gläubiger S. 708. f.

curſes eingegangenen Verpachtungen anzuerkennen ſchuldig wären. Noch andere [73]) hingegen tragen Bedenken, jene Verordnung auf den deutſchen Concurs anzuwenden, und halten die Gläubiger, eben ſo wenig, als andere beſondere Nachfolger, für verpflichtet, eine von dem Schuldner noch vor dem Concurs unternommene Guthsverpachtung fortzuſetzen. Soviel iſt gewiß, daß das römiſche Recht unſern heutigen Concurs gar nicht kennt [74]) Die Immiſſion in das Vermögen des Schuldners, von welcher die angeführte *L.* 8. redet, hat daher darauf gar keine Beziehung. Denn ſie gieng nur die nicht privilegirten chirographariſchen Gläubiger an [75]), und wurde auch einem einzelnen Gläubiger bewilliget [76]), z B. wenn ſich der Schuldner betrügeriſch entfernt hatte, oder verborgen hielt, oder ohne Erben ſtarb [77]). Denn ſie geſchahe blos rei servandae causa [78]). Der Gläubiger, welchen der Prätor immittirt

 hatte,

73) *Frid. Gottl.* ZOLLER Progr. de Quaestione, utrum existente concursu creditorum, creditores locationem a debitore celebratam servare teneantur? *Lipsiae* 1757. Thibaut Syſtem des Pandect. Rechts 3. Bd. § 1223. KIND Quaest. forens. Tom II. Cap. 5. pag. 28. Karſten Verſuch über die Verhältniſſe eines Pachtintereſſenten zu den Concursgläubigern des andern Mitcontrahenten. Hamburg 1809.

74) G. von Gönner Handbuch des gemeinen Prozeſſes 4. B. Nr. LXXXII. §. 2.

75) *L.* 10. *C. de reb. auctorit. iud. possidend.*

76) *L.* 8. §. 4. *L.* 12. *D. eodem.*

77) *L.* 1. 2. *L.* 7. *L.* 8. *D. Quib. ex caus. in possession. eatur.*

78) *L.* 1. *L.* 5. *pr. L.* 7. *pr. D. eodem.*

hatte, erhielt dadurch weder Eigenthum noch juriſtiſchen Beſitz, ſondern nur ein prätoriſches Pfandrecht [79]), und die Aufſicht über das Vermögen [80]). Rechtsgültige Verträge, die der Schuldner vor der Immiſſion abgeſchloſſen hatte, durften daher nicht aufgehoben werden, wofern ſie nur nicht in fraudem creditorum waren eingegangen worden [81]). Es lag vielmehr dem immittirten Gläubiger ob, für die Erhaltung der Güter des Schuldners zu ſorgen, ohne ſich die Früchte und Einkünfte davon zueignen zu dürfen, er mußte ſie zum Nutzen desjenigen, dem die Güter-Maſſe gehörte, verkaufen, oder verpachten, inſofern dieſes nicht etwa ſchon früher von dem Schuldner ſelbſt geſchehen war, und dem Curator, oder auch dem Schuldner ſelbſt von deren Verwendung Rechenſchaft ablegen [82]). Denn trat Jemand für den Schuldner ins Mittel, oder wußte der Schuldner ſelbſt nachher noch Rath zu ſchaffen, ſo mußte ihm das Vermögen wieder abgetreten werden [83]). Nur wenn Keines von beyden geſchahe, und auch ſonſt

79) *L. 26. D. de pigner. act. L. 3. §. 1. D. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt.*

80) *L. 3. §. 23 D de acquir. vel amitt. possess.* Qui creditorem *rei servandae causa* — mittit in possessionem, — non *possessionem*, *sed custodiam rerum et observationem* concedit. *L. 12. D. Quib. ex caus. in possess. eat.*

81) Die Immiſſion hinderte nicht einmal die Diſpoſition des Schuldners über ſein Vermögen, wenn nur der Dritte, der mit dem Schuldner contrahirte, in bona fide war. *L. 9. D. Quae in fraud. creditor.*

82) *L. 8. L. 9. et L. 12. D. de reb. auct. iudicis possid.*

83) *L. 33. §. 1. D. eodem.*

ſonſt kein Hinderniß obwaltete, konnte der Magiſtrat den Verkauf der Güter zur Befriedigung der Gläubiger erlauben [84]), welches man die missio ex secundo decreto nannte [85]). Erſt dieſe Immiſſion, welche nun dem Schuldner alle Verfügung über ſein Vermögen benahm, enthielt eine wahre Adjudication, und berechtigte die Gläubiger, welche dieſelbe erhalten hatten, zur Veräuſſerung zu ſchreiten, wodurch denn nun auch die von dem Schuldner geſchehene Verpachtung aufhörte [86]). Allein dieſes römiſche Verfahren in Schuldſachen hat in Deutſchland keinen Eingang gefunden; unabhängig von demſelben entwickelte ſich der deutſche Concurs, deſſen Hauptverfahren mit dem richterlichen Erkenntniß auf Eröffnung deſſelben ſeinen Anfang nimmt [87]). Der Schuldner verliert hierdurch alle Diſpoſition über ſein bisheriges Vermögen, als welche mit dem Adminiſtrations- und Veräuſſerungsrechte auf die Gläubiger übergeht [88]). Das prätoriſche Pfandrecht aber fällt, als Folge der Immiſſion, heut zu Tage weg.

84) *L.* 21. §. 2. *D. Ex quib. caus. majores. L.* 6. §. 1. *et* 2. *L.* 7. §. 1. *L.* 13 *D. Quib. ex causis in possess. eatur. L.* 9. *Cod. de bonis auctorit. iudicis possid.*

85) S. *Lud. Conr.* SCHROEDER Opusc. de natura et effectibus pignoris praetorii. Sect. I. Cap. I. §. 22. sqq.

86) S. Dabelow angef. Entwickelung der Lehre vom Concurſe der Gläubiger S. 478. f. und KIND Quaestion. for. Tom. II. Cap. 5. pag. 31.

87) von Gönner a. a. O. §. 21. S. 556.

88) von Gönner §. 25. Schweppe Syſtem des Concurſes der Gläubiger. §. 29. Martin Lehrbuch des bürgerl. Prozeſſes. §. 312.

weg [89]). Auch bleibt das Eigenthum bey dem Gemeinſchuldner bis auf den Augenblick, da es auf den Käufer übergeht [90]). Daher kann man die Concurs-Gläubiger nicht füglich als Succeſſoren des Cridars, noch weniger aber als Successores universales im römiſchen Sinn betrachten [91]) Dahingegen treten dieſe Gläubiger in Rückſicht des verſchuldeten Vermögens in eine Gemeinſchaft, und werden durch die Einheit ihrer Rechtsverhältniſſe ſowohl, als ihres Zwecks zu einer Genoſſenſchaft verbunden. Dieſes Corps der Gläubiger erwirbt nun durch den Concurs die Befugniß, alle Mittel anzuwenden, um ſich aus dem ſchuldneriſchen Vermögen zu befriedigen. Es kann daher alles, was zu dieſem Vermögen gehört, ſeinem Diſpoſitionsrechte unterwerfen, und es ſo benutzen, wie es der Schuldner, nach der Natur der Sache, ſelbſt benutzen konnte [92]). Die Gläubiger ſind aber auch die Verpflichtungen des Schuldners inſofern anzuerkennen verbunden, als ſie die Bedingungen enthalten, unter welchen die Sache, mit welcher ſie connex ſind, überhaupt nur ein Theil des ſchuldneriſchen Vermögens ſeyn kann. Nach dieſer Anſicht läßt es ſich allerdings rechtfertigen, wenn man den Gläubigern eine active und paſſive Repräſen-



89) Schweppe a. a. O. §. 50. S. 72.

90) Der Schuldner kann daher, bis zum Verkauf ſeiner Sachen, wieder in alle Güter eintreten, und ſich von dem Concurſe frey machen, wenn er die Gläubiger befriediget. Thibaut Syſtem des Pand. Rechts 3. B. §. 1223.

91) KIND Quaest. for. T. II. cap. 5. und Dabelow S. 715. f.

92) Struben rechtl. Bedenken 1. Th. Bed. 120. Schweppe §. 53.

ſentation des Gemeinſchuldners beylegt [93]). Hat nun alſo der Schuldner vor dem Ausbruche des Concurſes eine zu ſeinem Vermögen gehörige Sache vermiethet oder verpachtet, ſo wird durch den Eintritt des Concurſes der Contract nicht aufgehoben. Es hat daher keinen Zweifel, daß die Gläubiger von den Rechten, welche der Cridar, als Verpächter, durch den geſchloſſenen Contract gegen den Pächter erwarb, als deſſen Stellvertreter, zum Behuf ihrer Befriedigung, Gebrauch machen können. Es ſteht ihnen alſo auch allerdings ein Zwangsrecht gegen den Pächter des Gemeinſchuldners zu, daß er bleiben, und ſeinen Contract erfüllen muß. Dieſer repräſentative Character der Gläubiger ſteht ihnen aber auch nicht entgegen, daß die verpachtete Sache zum Nutzen derſelben veräuſſert, und das daraus gelöſete Geld zur Concursmaſſe gezogen werden kann. Denn der Schuldner ſelbſt hatte ja die Befugniß, des Pachts- oder Mieth-Contracts ungeachtet, die Sache zum Verkauf zu bringen, und ein gleiches Recht muß auch den Gläubigern geſtattet werden. Wird nun aber hierdurch der Pächter genöthiget, das Pachtguth vor der Zeit zu räumen, ſo bleibt ihm, wegen des Schadenserſatzes, nichts anders übrig, als dem Corps der Gläubiger beyzutreten, und beym Concurſe zu liquidiren, was ihm dadurch entgeht, daß ihm die Contractzeit nicht ausgehalten worden iſt [94]).

Eine andere Frage iſt, wenn der Gemeinſchuldner vor dem Concurſe fremde Sachen gemiethet oder gepachtet hat,

93) Dabelow S. 708. f. Gönner a. a. O. §. 26. Martin a. a. O. §. 312.

94) S. Dabelow S. 709.

hat, ob das Pachtverhältniß hierdurch aufgehoben wird? Mehrere [95]) behaupten dieſes. Allein es ſind hier zwey Fragen zu unterſcheiden. I. Sind die Gläubiger den von dem Gemeinſchuldner geſchloſſenen Pachtcontract, wenn ſie dabey Nutzen finden, nach entſtandenem Concurſe fortzuſetzen berechtiget? Dieſe Frage iſt ohne alles Bedenken zu bejahen. Denn als Repräſentanten des Schuldners haben die Gläubiger auch das Recht, in die von dem Cridar vor dem Concurſe geſchloſſenen Contracte, ſofern es ihnen vortheilhaft iſt, einzutreten [96]). Nur bey einigen Contracten machen die Geſetze eine Ausnahme, welche durch den Ausbruch des Concurſes für die Folge erlöſchen; nähmlich bey Pachtungen vom Fiskus [97]), Güter-Societät [98]), und Compromiſſen [99]). Dieſe Ausnahmen ſind aber auch zugleich ein Beweis für die dadurch ſtillſchweigend anerkannte Regel. Wenn alſo der Pächter Concurs macht, ſo können ſich die Gläubiger die Vortheile, welche aus dem geſchloſſenen Pachtcontract für den Schuldner entſpringen, allerdings zueignen. Denn ſie ſind als ein Beſtandtheil ſeines Vermögens anzuſehen. Da nun die Gläubiger durch den Concurs in alle Vermögensrechte des Schuld-

95) *Ge. Lud.* BOEHMER Pr. de iure circa conductionem, orto adversus conductorem concursu creditorum. (in *Elect. iur. civ.* T. I. Exerc. XI. p. 322. sqq.) *Io. Ern. Iust.* MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum*. T. V. Fasc. II. Obs. 813. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 1. Bd. §. 679.

96) Schweppe in dem angef. Syſtem §. 56. S. 82.

97) *L.* 2. *Cod. de fundis rei privatae.* (XI. 65.)

98) *L.* 65. §. 1. *D. Pro socio.*

99) *L.* 17. *pr. D. de recept.*

Schuldners, welche von ſeiner Perſon abgeſondert werden können, treten, ſo kann ſich der Verpächter ſeiner Verbindlichkeit, die Bedingungen eines vortheilhaften Pachtcontracts den Creditoren des Pächters zu erfüllen, eben ſo wenig entziehen, als er ihnen die Befugniß ſtreitig machen kann, alles das für ſich zu benutzen, was dem Pächter ſelbſt Vortheile gewährte[100]). Wenn hingegen II. die Frage iſt, ob die Concursgläubiger auch verpflichtet ſind, den Pacht- oder Mieth-Contract, welchen der Gemeinſchuldner vor dem Concurſe über fremde Sachen abgeſchloſſen hat, fortzuſetzen, ſo iſt hier nicht das nähmliche Rechtsverhältniß vorhanden. Denn den Anſprüchen gegen den Cridar, inſofern dieſe nicht mit der Sache ſelbſt connex ſind, ſind die Gläubiger nicht unterworfen, weil es ein Grundſatz iſt, wer an den Cridar Anſprüche hat, muß als Concursgläubiger auftreten, und der Verpächter kann vor andern Gläubigern nichts voraus verlangen. Es folgt auch nicht, daß, weil die Gläubiger von den Rechten, welche der Schuldner aus einem von ihm geſchloſſenen zweyſeitigen Vertrage erwarb, zu ihrem Vortheil Gebrauch machen können, dieſelben nun auch, dieſe Berechtigungen des Schuldners ſich anzueignen, gezwungen werden könnten, wenn die Gläubiger keinen Vortheil dabey finden.

100) S. *Christ. Frid. Imman.* SCHORCH Diss. An creditores orto concursu conductionem debitoris, qui bonis cessit, continuare teneantur? *Erf.* 1774. (in *Opuscul.* Nr. IX.) WALTHER Diss. An et quatenus successores conductoris ex conductione ab ipso celebrata, iura et obligationes adquirant? *Bützovii* 1775. vorzügl. Dabelow Entwick. der Lehre vom Concurſe der Gläubiger. S. 711. und 712.

finden. Ihnen ſtehet ein unumſchränktes Befriedigungs-recht aus der Maſſe zu. Nur ihre Convenienz und eigene Ueberzeugung zur Erreichung des höchſten Vortheils für ſich, kann demnach entſcheiden, wieweit ſich die Grenzen der creditoriſchen Adminiſtrations-Befugniß zum Zweck ihrer Befriedigung erſtrecken [1]). Treten jedoch die Concursgläubiger in den von dem Cridar geſchloſſenen Contract ein, so müſſen ſie natürlich auch eben ſo gut, wie derſelbe, die Verbindlichkeiten und Bedingungen des Contracts für die Zukunft zu erfüllen [2]). Endlich entſteht noch die Frage, wenn Sachen des Gemeinſchuldners während des Concurſes von den Gläubigern oder dem Güterpfleger, vermiethet oder verpachtet worden ſind, muß der Cridar, wenn er ſich nachher durch Befriedigung ſeiner Gläubiger von dem Concurſe frey macht, und ſein Vermögen vor geſchehener Veräuſſerung zurücknimmt, den geſchloſſenen Pachtcontract aushalten? Geht man von dem Geſichtspunct aus, daß die Gläubiger als Repräſentanten des Cridars handeln, ſo kann die Bejahung dieſer Frage keinem Zweifel unterworfen ſeyn. Denn wollte der Gemeinſchuldner einen ſolchen Contract nicht erfüllen, zu deſſen Schließung die Concursgläubiger vermöge des auf ſie durch den Concurs übergegangenen Adminiſtrations- und Diſpoſitionsrechts nicht allein berechtiget, ſondern ſogar verpflichtet waren; ſo ſind nicht die Gläubiger dem Pächter zur Evictionsleiſtung verbunden, ſondern derſelbe iſt viel-

1) Dabelow S. 710. Karſten angeführter Verſuch über die Verhältniſſe eines Pacht-Intereſſenten zu den Concursgläubigern des andern Mitcontrahenten S. 19. ff. und Schweppe Syſtem des Concurſes. §. 56. S. 82. und 83.

2) Schweppe §. 56. S. 82.

vielmehr berechtiget, ſich, der Entſchädigung wegen, an den Schuldner zu halten, in deſſen Namen und an deſſen Stelle die Verpachtung geſchehen iſt [3]).

Zu den Ausnahmen der Regel: Kauf bricht Miethe, rechnet man, 3) wenn ſich der Conductor von dem Locator hat verſprechen laſſen, daß er die Sache vor Endigung der Mieth- oder Pachtzeit nicht veräuſſern wolle, und zur Sicherheit dieſes Verſprechens ein Pfandrecht auf die Sache beſtellt worden iſt. Hier glaubt man gewöhnlich, die Hypothek ſichere den Conductor vor der Gefahr, von dem Käufer ausgetrieben zu werden [4]. Darin iſt man zwar einverſtanden, daß weder das pactum de non alienando an ſich, noch die Hypothek, welche, ohne dieſen Vertrag, blos zur Beſtärkung des Contracts, auf der verpachteten Sache beſtellet worden iſt, dem Conductor hinlängliche Sicherheit gewähre. Denn das erſtere giebt dem Conductor nur ein perſönliches Recht gegen den Locator

3) Fried. von Bülow und Th. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit. 3. Band. Erört. L.

4) WERNHER Sel. Observat. for. Tom. I. P. II. Observ. 360. et Tom. II. P. VII. Obs. 227. STRYK Us. mod. Pand h. t. §. 81. et in Cautelis contract. Sect. II. cap. 9. §. 15. et 16. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 62. et 63. *I. H.* BOEHMER Select. quaed. capita eaque plurimum pract. circa locat. et conduct. praedior. rusticor. Cap. III. §. 4. (Tom. III. *Exercitat.* p. 484.) Claproth Rechtswiſſenſchaft von richtiger und vorſichtiger Eingehung der Verträge und Contracte. 2. Th. §. 305. EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 22. not. 5. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1984. Weſtphal vom Kauf ꝛc. §. 1031. u. a. m.

tor auf Leiſtung des Intereſſe, wozu aber der Locator, vermöge des Contracts, ſchon ohnehin verpflichtet iſt. Das Pfandrecht hingegen hat an ſich nur die Wirkung, daß der Conductor, im Fall einer erfolgenden Veräuſſerung, ſich an die Sache ſelbſt halten, und dieſe ſo lange retiniren kann, bis ihm Entſchädigung wegen der früher geendigten Conduction geleiſtet worden iſt. Sobald aber dieſe erfolgt iſt, ſo erliſcht das Pfandrecht [5]). Wenn hingegen beydes mit einander verbunden wird, dann, glaubt man, ſey der Conductor vollkommen gedeckt. Denn wenn nun der Locator, dem Vertrage zuwider, die Sache veräuſſert, ſo ſey die Veräuſſerung nichtig, und das Eigenthum werde nicht übertragen [6]). Allein wie eine Hypothek in Verbindung mit dem pactum de non alienando das zu bewirken im Stande ſeyn ſollte, was weder das Eine noch das Andere für ſich zu bewirken vermag, iſt unbegreiflich. Man beruft ſich zwar auf die *L. 7. §. 2. D. de distract. pignor.* Allein dieſe Stelle, über deren Leſeart noch ſehr geſtritten wird, wie ich an einem andern Orte [7]) gezeigt habe, redet von einem ganz andern Falle. Der Gläubiger läßt ſich von dem Schuldner verſprechen, daß er das Pfand oder die Hypothek nicht verkaufen wolle. Ein ſolcher Vertrag ſoll nach **Marcians** Ausſpruche die Wirkung haben, daß die demſelben zuwider geſchehene Veräuſſerung ungültig ſey. Hier paciscirte alſo der Gläubiger, der ein dingliches Sicherheitsrecht hatte. Ganz verſchieden davon iſt der Fall,

5) *L. 6. §. 1. L. 12. §. 1. D. Quib. modis pignus vel hyp. solvitur.*

6) Arg. *L. 7. §. 2. D. de distract. pignor.*

7) S. den 17. Th. dieſes Commentars §. 976. S. 57. ff.

Fall, wenn ſich der Pächter von dem Verpächter verſprechen läßt, die Sache während der Pachtzeit nicht zu veräuſſern, und der Locator dem Conductor zur Sicherheit dieſes Verſprechens ein Pfandrecht auf der Sache beſtellet hat. Die Wirkung der Hypothek, als ein Acceſſorium der Hauptverbindlichkeit, kann ſich doch hier weiter nicht erſtrecken, als ſoweit die Verbindlichkeit des Locators geht. Nun beſteht aber dieſe blos in der Leiſtung des Intereſſe, wenn der Conductor im Falle einer erfolgten Veräuſſerung vor der Zeit vertrieben, und alſo hierdurch an der Benutzung der Sache gehindert wird. Nur in Rückſicht dieſes Intereſſe wird alſo der Conductor durch die ihm zur Beſtärkung des pacti de non alienando gegebene Hypothek ſicher geſtellt, nicht in Rückſicht der Fortdauer des Contracts. Iſt alſo dieſes Intereſſe dem Conductor von dem Käufer der ihm verpfändeten Sache geleiſtet worden, ſo hört die Wirkung des Vertrags auf, und der Pacht- oder Miethcontract iſt geendiget. Denn durch die Beſtellung der Hypothek wird die Natur des Pacht- oder Miethcontracts nicht geändert [8]). Es iſt ein offenbarer Irrthum, wenn

8) Man vergleiche *Reinh.* BACHOV Not. et Animadvers. ad *Treutlerum* Vol. I. Disput. XXIX. Th. 8. ad v. *Sed quid si locator.* pag. 1123. *Io. Nic.* HERTIUS Diss. de pacto, ne dominus rem suam alienet. §. 22. (in EIUS *Commentation. et Opuscul.* Vol. I. Tom. III. pag. 104) *Christ.* GMELIN Diss. de pacto, ne dominus rem suam alienet. *Tübinge* 1789. §. 12. *Heur.* LAMPE Diss. de vi et efficacia cautelar. pro tuendo iure conductoris adversus emtorem rei locatae expellentem. *Goett.* 1795. §. 7. et 8. und **Thibaut** Syſt. des Pand. Rechts. 2. B. §. 994.

wenn einige ältere Rechtsgelehrten [9]) dem Eide, womit das Verſprechen des Locators, den Contract zu halten, und die vermiethete oder verpachtete Sache während der Pachtzeit nicht zu veräuſſern, bekräftiget worden iſt, die Wirkung einer Special-Hypothek beylegen, und daher eine ſolche eidliche Beſtärkung als eine vorzügliche Cautel empfehlen wollen. Denn die Verbindlichkeit aus einem Eide iſt eine blos perſönliche. Der Eid verbindet zwar den Locator, Wort zu halten, oder das Intereſſe zu leiſten; allein er hindert die Uebertragung des Eigenthums der vermietheten oder verpächteten Sache eben ſo wenig, als er den Käufer verbindet [10]). Den angeführten Ausnahmen fügt Hellfeld endlich

4) noch die hinzu, wenn der successor singularis ſich ſelbſt dem Locator zur Fortſetzung des Contracts mit dem bisherigen Conductor verpflichtet hat, von welcher aber ſchon oben gehandelt worden iſt. War es jedoch nicht bey der Veräuſſerung der Sache zur Bedingung gemacht, daß der neue Erwerber den Conductor nicht vor der Zeit austreiben ſolle, ſo läßt ſich eine ſtillſchweigende Verpflichtung daraus, daß der Eigenthümer bey der Veräuſſerung blos anführte, die Sache ſey verpachtet, mit Grund nicht folgern [11]), weil die Entſagung eines Rechts im

9) BARBOSA Comment. ad L. 9. Cod. de locat. et cond. nr. 16. SERAPHINUS de privileg. iuram. pag. 158. nr. 2.

10) TITIUS Observat. ratiocinant. ad Compend. iuris Lauterbach. Obs. 598. und de COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Qu. 23.

11) Anderer Meinung iſt zwar *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 22. Verb. *At aliud est.* nr. 3. Allein die *L.* 9. *Cod.*

im Zweifel nicht vermuthet werden kann [12]). Eben ſo wenig kann auch der Locator den neuen Erwerber der vermietheten oder verpachteten Sache durch Retention derſelben zu einer Cautionsleiſtung nöthigen, dem Conductor die Contractszeit auszuhalten, oder ihn, ſeinen Auctor, in dem entgegengeſetzten Falle zu entſchädigen. Denn was die Geſetze [13]) blos bey dem Rückfall verpachteter Dotalgüter verordnet haben, läßt ſich nicht auf jede andere Veräuſſerung verpachteter Sachen anwenden, wie ſchon Anton Faber [14]) gegen Cujaz [15]) gezeigt hat.

Eine ſicherere Cautel für den Pächter wäre dagegen die, wenn er ſich auf den Fall der Veräuſſerung ein dingliches Nutznießungsrecht beſtellen ließe [16]). Zwar erliſcht der usufructus durch den Tod des Berechtigten, der

*Cod. h. t.* beweiſet nichts für dieſe Behauptung. Die Worte: Verum si probetur, *aliquo pacto consensisse*, *ut in eadem conductione maneat*, quamvis sine scripto, bonae fidei iudicio, ei, quod placuit, parere cogetur, deuten auf einen nachher zwiſchen dem neuen Eigenthümer und den Locator ausdrücklich, oder ſtillſchweigend geſchloſſenen Vertrag hin, z. B. der Käufer läßt den Conductor in der Miethe, und nimmt auch von ihm die Bezahlung des Miethzinſes an. S. *Io.* SICHARD Praelect. in Cod. ad L. 9. cit. nr. 7.

12) *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 34. vorzügl. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 62.

13) *L.* 25. §. *ult. D. Soluto matrim.* S. oben §. 1061. S. 10. f.

14) De erroribus Pragmaticor. Dec. XXIV. Err. 4. Verb. *Sed in eo videtur mihi valde errasse Cujacius.*

15) Commentar. ad Iul. Paulum *L.* 25. §. 4. *D. Soluto matrim* in Operib. a *Fabroto* edit. T. II. pag. 596. sq.

16) S. LAMPE Diss. cit. §. 9.

der Uſufructuar trägt auch die Laſten der nutznießlichen Sache, welches bey der Conduction nicht ſo iſt. Allein da dieſes theils nicht zu dem Weſen des Nießbrauchs gehört, theils aber auch ein Ususfructus ſo beſtellt werden kann, daß er ſowohl dem Uſufructuar als den Erben deſſelben zuſtehen ſoll[17]; ſo kann durch Verabredung der Partheyen dieſes alles, was ſonſt bey dem Pacht gilt, auch bey der Beſtellung des Ususfructus auf den Veräuſſerungsfall feſtgeſetzt werden. Daß überdem der Ususfructus, eben ſo wie ein Pacht, auf eine beſtimmte Zeit, ſo wie auch von einer gewiſſen Zeit an, conſtituirt werden kann, leidet keinen Zweifel[18]. Es ſcheint, daß die, auch bey den Verpachtungen, nach dem ältern Rechte der Römer üblich geweſene Mancipation, mit Beyfügung des pacti fiduciae, ebenfalls als Cautel zur Sicherheit des Pächters gebraucht worden ſey, wovon ich ſchon an einem andern Orte[19]) gehandelt habe.

## §. 1064.

### Klagen aus dem Mieth- oder Pacht-Contract.

Durch den Mieth- oder Pachtcontract werden in der Regel zwey Klagen erzeugt, welche für beyde Contrahenten Hauptklagen (actiones utrimque directae) ſind, nämlich die *actio* LOCATI, welche dem Locator gegen den Conductor zuſteht, und die *actio* CONDUCTI, welche

17) *L.* 38. §. 12. *D. de Verbor. obligat.*

18) *L.* 16. §. 2. *D. Fam. erciſc. L.* 30. §. 1. *D. de Uſu et Uſufr. legato.*

19) S. den 17. Th. S. 271. f.

welche der Conductor gegen den Locator anſtellt [20]). Beyde gehen auf die Erfüllung der Verpflichtungen, welche jedem Theile vermöge des Contracts obliegen, und richten ſich darnach, ob Sachen oder Dienſte vermiethet worden ſind; ſie gehen nicht minder auf Erfüllung der dem Contract angehängten Nebenverträge [21]). Beyde Klagen gehen auch auf die Erben über [22]). Zuweilen entſteht jedoch nur eine Klage aus dem Contract, nämlich wenn er nur von der einen Seite eine Hauptverbindlichkeit begründet. Dieß kann a) die *actio ex locato* seyn, wenn nicht der Locator, ſondern nur der Conductor durch den Contract verpflichtet wird, wie z. B. in dem Falle, wenn dem Käufer bis zur Bezahlung des Kaufgeldes das verkaufte Grundſtück verpachtet worden iſt. Hier iſt der Verkäufer aus dem Pachtcontract zu nichts verpflichtet. Seine Verpflichtungen beſtimmt blos der Kaufcontract. Die actio conducti gegen den Verkäufer, als Verpächter, iſt daher nicht denkbar. Allein der Käufer muß bis zur Bezahlung des Kaufgeldes den Pachtzins entrichten. Dieſe Verpflichtung entſpringt nicht aus dem Kaufe, ſondern aus dem neben demſelben geſchloſſenen Pachtcontract. Dieſer Neben-Contract endiget ſich alſo, ſobald das Kaufgeld ganz bezahlt iſt, ohne daß deswegen eine beſondere Aufhebung deſſelben nöthig iſt. Nur nach dem Verhältniß

20) S. Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden. §. 955. ff.

21) S. Höpfners Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen §. 892—94.

22) *L.* 15. *pr.* *L.* 19. §. 8. *D. h. t.* *L.* 10. *Cod. eodem.* §. 6. *I. eodem.*

niß dieſer Zeit können daher die Pachtgelder mit der actio locati oder auch venditi von dem Käufer gefordert werden [23]). b) Zuweilen bleibt nur noch die *actio conducti*, wenn der Locator dem Conductor ſeine Verpflichtungen aus dem Contract erlaſſen hat, welches auch im Teſtament geſchehen kann [24]).

Sind die Dienſte eines Handwerkers oder Künſtlers zur Verfertigung eines gewiſſen Werks gedungen worden, ſo wird nach dem Sprachgebrauche der Röm. Rechtsgelehrten dem Eigenthümer, welcher das Werk verfertigen läßt, die actio locati, dem Unternehmer aber, welcher das Werk ausführt, die actio conducti zugeeignet [25]) Beyde Klagen gehen denn auch natürlich auf die Erfüllung der im Betreff des verdungenen Werks beyden Contrahenten obliegenden Verbindlichkeiten; nämlich die *actio locati*, gegen den Unternehmer des Werks, auf die Ausführung deſſelben den Bedingungen und Vorſchriften des Contracts gemäß, oder, wenn dieſes gar nicht, oder nicht in der gehörigen Zeit geſchehen iſt, auf Leiſtung des Intereſſe, oder Bezahlung der bedungenen Strafe, nicht minder auf Erſatz des durch die fehlerhafte Arbeit verurſachten Schadens, und wenn der Contract aufgehoben worden iſt, auf Herausgabe des zur Ausführung des Werks erhaltenen und noch

23) *L.* 20. §. 2. *L.* 21. und *L.* 22. *D. h. t.* S. den 17. Th. dieſes Commentars §. 1050.

24) *L.* 24. §. 5. *D. h. t.* POTHIER Pand. Iustin. h. t. Num. XIV. not. a.

25) *L.* 13. §. 5. *et* 10. *L.* 24. *pr.* *L.* 48. *pr.* *L.* 51. §. 1. *L.* 60. §. 4. *D. Loc. cond.* *L.* 38. §. 21. *et* 25. *D. de Verb. Oblig.* *L.* 2. *C. h. t.*

noch nicht verwendeten Geldes. Die actio conducti hingegen geht gegen den Beſteller des Werks auf Bezahlung des bedungenen Lohns, Erſtattung der auf das Werk im Namen des Eigenthümers verwendeten Koſten, und Auslagen, auch in Säumungsfall mit Zinſen, ſo wie auf Erfüllung alles deſſen, was etwa noch ſonſt iſt ausgemacht worden [26]).

Zuweilen können auch beyde Klagen aus demſelben Geſchäft dem einen Contrahenten gegen den andern zugleich zuſtehen. Einen ſolchen Fall hat Afrikan *L.* 35. §. 1. *D. h. t.* Cum fundum communem habuimus, et inter nos convenit, ut alternis annis certo pretio eum conductum haberemus: tu, cum tuus annus exiturus esset, consulto fructum insequentis anni corrupisti. Agam tecum duabus actionibus, una *ex conducto*, altera *ex locato*. Locati enim iudicio mea pars propria, conducti autem actione tua duntaxat propria in iudicium venient. Deinde ita notat: Nonne, quod ad meam partem attinebit, communi dividundo praestabitur a te mihi damnum? Recte quidem notat. Sed tamen etiam SERVII sententiam veram esse puto: cum eo [27]) scilicet, ut,

D 2 cum

26) S. HAASE Comm. II. de opere locato et cond. Cap. VII. §. 2.

27) *Cum eo* heißt hier cum hac adjectione seu observatione. Afrikan drückt ſich an einem andern Orte, *L.* 39. *D. de solut.* eben ſo aus. Es iſt daher die bey Haloander und Baudoza vorkommende Leſeart *in eo* ganz unrichtig, wie auch ſchon Cujaz Tr. VIII. ad Africanum h. L. bemerkt hat. Man ſehe auch POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. XVII. not. e.

cum alterutra actione rem ſervaverim, altera perimatur. Quod ipſum ſimplicius ita quaeremus, ſi proponatur inter duos, qui ſingulos proprios fundos haberent, conveniſſe, ut alter alterius ita conductum haberet, ut fructus mercedis nomine penſaretur.

Der Fall, den Afr'kan hier vorträgt, iſt alſo folgender. Ich beſitze mit dem A. gemeinſchaftlich ein Grundſtück. Um allem bisherigen Streite über die Theilung der Früchte für die Zukunft ein Ende zu machen, vereinigen wir uns dahin, daß Einer dem Andern ſeinen Antheil an dem gemeinſchaftlichen Grundſtück verpachten wolle, ſo daß alſo einer nach dem andern die Früchte ein Jahr um das andere für ein beſtimmtes Pachtgeld allein ſollte erheben können. Der Vertrag wird vollzogen. Allein der Miteigenthümer, an dem gerade die Reihe war, verdirbt, wie ſein Jahr zu Ende geht, das Grundſtück abſichtlich auf eine ſolche Art, daß die Frucht für das folgende Jahr, da ich das Grundſtück zu benutzen habe, verlohren war [28]. Was werde ich nun hier für eine Klage gegen den Miteigenthümer anſtellen? Servius Sulpicius, dem die erſteren Worte dieſes Fragments bis, *in iudicium venient,* angehören, meinte, daß ich mich der beyden Klagen aus dem Pachtcontract bedienen könne; nämlich der *actio locati* wegen meines eigenen Antheils, den ich dem Andern verpachtet hatte, und der *actio conducti* wegen des

28) Ulpian führt *L.* 23. *D. Communi divid.* einen ähnlichen Fall an, nur war daſelbſt nicht ſo, wie hier, ein Pachtcontract geſchloſſen worden, daher fiel die Klage aus dem Pachtcontract weg.

des Antheils des Miteigenthümers, den ich für das folgende Jahr gepachtet hatte. Denn auf beyden Theilen des Grundſtücks war die Frucht verderbt worden. **Julian** erinnerte dagegen, daß ich vielmehr wegen meines Antheils mit der actio communi dividundo auf Schadensersatz klagen müſſe. Die Worte: Deinde ita notat, bis praestabitur a te mihi damnum, enthalten dieſe Note des **Julianus**. Beyde Meinungen ſucht nun **Afrikan** dahin zu vereinigen, daß er zwar dem **Julian** in ſo weit Recht giebt, daß mir wegen meines Antheils die actio communi dividundo zuſtehe, aber auch die Meinung des **Servius** für richtig hält. Denn allerdings kann ein Socius von dem andern wegen eines ſolchen Dolus, der hier war zu Schulden gebracht worden, mit der actio communi dividundo Schadensersatz fordern; allein da hier unter den Miteigenthümern ein Pacht geſchloſſen war, ſo hatte ohne Zweifel auch die aus dem Contract entſpringende Klage Statt. Weil indeſſen doch beyde Klagen auf Erſatz alles Schadens und Leiſtung des Intereſſe gehen, welches man natürlich nicht zweymal verlangen kann; ſo beſtimmt **Afrikan** das Verhältniß beyder Klagen zu einander näher dahin, daß ich mich mit einer von beyden Klagen begnügen müſſe, und daher, wenn ich durch die eine meine vollkommene Entſchädigung erhalten habe, die andere Klage erlöſche. Soviel bleibt doch aber immer gewiß, daß ich, wenn ich aus dem Pachtcontract klage, mich der actio locati und conducti bedienen könne. Eben dieſe beyden Klagen finden auch noch in einem andern weniger verwickelten Falle Statt, nämlich wenn zwey Nachbarn ihre an einander gränzenden eigenthümlichen Ländereyen einander gegenſeitig dergeſtalt verpachtet haben, daß,

daß, ſtatt des Pachtgeldes, der Eine des Andern Grundſtück benutzen ſolle [29]).

Als bloße Perſonalklagen finden ſie gegen einen Dritten nicht Statt. Iſt daher

1) die nämliche Sache mehreren vermiethet oder verpachtet worden, ſo hat der erſtere Conductor keine Klage gegen den letztern, dem die Sache bereits zur Benutzung iſt eingeräumt worden, ſondern er kann blos wegen nicht gehaltenen Contracts gegen den Locator auf Entſchädigung klagen [30]) Iſt die Sache noch keinem von beyden übergeben, ſo geht der erſtere Conductor dem ſpäteren vor, nach der Regel: prior tempore est potior iure. Der letztere klagt dann gegen den Locator auf das Intereſſe [31]). Es behaupten jedoch mehrere Rechtsgelehrten [32]), daß auch in dem erſten Falle die erfolgte Uebergabe dem ſpätern Conductor kein vorzügliches Recht gebe, wenn dieſer gewußt hat, daß über die Sache ſchon früher mit einem Andern ein gültiger Pachtcontract ſey abgeſchloſſen worden. Die Praxis hält in dieſem Falle nicht einmal für nöthig, daß der erſte Pächter gegen den Verpächter auf Leiſtung des Inter-

29) Man vergleiche über dieſe Geſetzſtelle CUJACIUS ad Africanum Tract. VIII. ad L. 35. §. 1. D. h. t. und Weſtphal von Kauf, Pacht- und Miethcontract §. 918.

30) Arg. *L. 6. Cod. de hered. vel act. vend. et L. 15. Cod. de rei vindicat.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15.

31) *L. 26. D. h. t.*

32) BRUNNEMANN Comm. ad L. 15. Cod. de Rei vind nr. 6. in fin. *Frid. de* BEHMER Nov. iure controv. T. II. Obs. 92. p. 573. und Pütter auserleſene Rechtsfälle 4. Bandes 1. Th. Resp. 357. nr. 18.

Intereſſe klage, ſondern giebt demſelben gegen den ſpätern Pächter eine Klage, nämlich die actio de dolo, oder revocatoria in factum. Beym Kaufe ſey es freylich anders. Allein da wirke auch die Tradition ein dingliches Recht; der Pächter hingegen habe, der Tradition ungeachtet, nur ein perſönliches Recht.

2) Hat der Conductor die Sache ſublocirt, ſo hat der erſte Locator gegen den Subconductor keine Klage. Denn es ſind zwey ganz verſchiedene Contracte vorhanden, die nicht mit einander vermiſcht werden dürfen [33]). Das Rechtsverhältniß zwiſchen dem erſten Locator und ſeinem Conductor wird dadurch nicht geändert. Daher bleiben die von dem Afterpächter gezogenen Früchte dem Pfandrechte des erſtern Verpächters und zwar für den ganzen Pachtzins, den der Afterverpächter dem erſten Verpächter noch ſchuldig iſt, eben ſo unterworfen, als ob er ſie ſelbſt eingeärndet hätte [34]); es muß auch der erſte Conductor für jedes Verſchulden in Rückſicht der Wahl des Subconductors haften [35]. Da jedoch der Miethcontract nur unter den Contrahenten wechſelſeitige perſönliche Verbindlichkeiten hervorbringt, ſo kann freylich jeder Contrahent nur gegen ſeinen Mitcontrahenten klagen; und es finden daher zwiſchen

33) ANDERSON Diss. de iure, quod competit primo locatori in subconductorem. *Goett.* 1777.

34) *L.* 24. §. 1. *D. h. t.* Si colonus locaverit fundum, res posterioris conductoris domino non obligantur, *sed fructus in causa pignoris manent, quemadmodum essent, si primus colonus eos percepisset.* S. Meißner's vollſtändige Darſtellung der Lehre vom ſtillſchweigenden Pfandrechte. 1. Th. §. 69.

35) *L.* 11. *pr. D. h. t.*

ſchen dem erſten Locator und dem Subconductor gegenſeitig keine Klagen ſtatt [36]). Darum haftet auch der Bürge des Subconductors dem erſten Locator nicht, weil dieſer mit jenem in keinem Contractsverhältniß ſteht [37]). Dahingegen erſtreckt ſich das ſtillſchweigende Pfandrecht des erſtern Vermiethers auf die invecta und illata des Aftermiethsmannes ſo gut, wie auf die des erſtern Conductors, jedoch nur ſoweit der Aftermiether ſeinem Aftervermiether den Miethzins noch ſchuldig iſt [38]). Hätte jedoch der Aftermiethmann das Miethgeld an den erſten Vermiether bezahlt, ſo wird er dadurch auch von ſeiner Schuld in Anſehung des Aftervermiethers befreit, inſofern nämlich dieſer ſeinem Locator den Miethzins ſelbſt noch ſchuldig war. Die Hypothek, welche auf ſeinen Illaten haftete, wird

36) *L.* 7. *et* 8. *D. h. t.* *L.* 73. §. *fin. D. de div. reg. iuris.*

37) *L.* 53. *D. h. t.* PAPINIANUS libro 11. *Responsor.* Qui fideiussor extitit apud *mancipem* pro colono publicorum praediorum, quae manceps ei colono locavit, Reipublicae non tenetnr: sed fructus in eadem causa pignoris manent. MANCEPS wird hier derjenige genennt, welcher bey einer Societas vectigalium, oder bey der Verpachtung fiscaliſcher Grundſtücke, den Pacht unternahm, und mit dem Staat contrahirte, an welchen ſich daher auch, als den princeps publicanorum, wie ASCONIUS PEDIANUS *in Divinat.* c. 10. ſagt, der Staat hielt. Er hieß *Manceps* nach FESTUS, *quia, in licitatione superior, manu sublata significabat, se esse auctorem emtionis.* S. *Pet.* BURMANN de Vectigalib. Pop. Rom. Cap. IX. p. 133.

38) *L.* 11. §. 5. *D. de pigner. act.* VOET Comm. ad Pand. Lib. XX. Tit. 2. §. 6. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 23.

wird dadurch getilgt, und er kann dieſelben mit der directen Pfandklage zurückfordern, wenn der Aftervermiether ſie zurückhält [39]).

3) Endlich iſt noch zu bemerken, daß nach geendigter Mieth- oder Pachtzeit der Conductor nicht genöthiget werden kann, den Contract fortzuſetzen [40]). Er kann aber auch, wenn er ſich's nicht ausbedungen hat, keinen Vorzug vor dem neuen Pächter verlangen, wenn er gleich die beſſeren Bedingungen des letztern zu erfüllen bereit wäre [41]). Eine Ausnahme findet jedoch bey Verpachtungen öffentlicher Revenüen, und fiskaliſcher Güter Statt. Hier muß der alte Pächter bleiben, wenn ſich bey einer neuen Verpachtung keine Liebhaber finden, jedoch auch nur dann, wenn derſelbe bey dem erſten Pacht auſſerordentlich gewonnen hätte [42]); außer dieſem Falle bleibt es auch in Anſehung ſolcher öffentlicher Pachtungen bey der Regel [43]).

Da-

39) Meißner angef. Darſtellung 2. Th. §. 64.

40) *L.* 11. *Cod. h. t.*

41) *L.* 32. *Cod. eodem.* S. *Christ.* WILDVOGEL Diss. de iure praeferentiae in locatione. *Ienae* 1703. Cap. III. §. 1. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 13. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 14. und Weſtphal §. 1015.

42) *L.* 11. §. 5. *D. de publicanis.* PAULUS *libro* 5. *Sententiarum.* Qui maximos fructus ex redemtione vectigalium consequuntur, si postea tanto locari non possunt, ipsi ea prioribus pensionibus suscipere compelluntur.

43) *L.* 3. §. 6. *D. de iure fisci.* CALLISTRATUS *libro* 3. *de iure fisci.* Cum quinquennium, in quo quis pro publico conductore se obligavit, excessit, sequentis temporis nomine non tenetur: idque Principalibus Rescriptis exprimitur. *Divus* etiam HADRIANUS in haec verba rescripsit:

*Val-*

Dagegen ſollen nach einer Verordnung der Kaiſer Honorius und Theodos II. [44]) die Pächter öffentlicher Güter bey der Wiederverpachtung ein Vorzugsrecht haben, wenn ſie die beſſeren Bedingungen des neuen Pächters erfüllen wollen. Die Rechtsgelehrten ſind zwar über die heutige Gültigkeit dieſer Verordnung nicht einig. Einige [45]) wollen nämlich die Anwendbarkeit derſelben in Deutſchland darum bezweifeln, weil theils das Römiſche Recht überhaupt in Gegenſtänden der deutſchen Staatsverfaſſung nicht ange-

*Valde inhumanus mos est iste, quo retinentur conductores vectigalium publicorum et agrorum, si tantidem locari non possint: nam et facilius invenientur conductores, si scierint fore, ut, si peracto lustro discedere voluerint, non teneantur.* S. *Iul* PACIUS Εναντιοφανῶν seu Legum conciliatar. Centur. VI. Qu. 79.

44) *L. 4. Cod. de locat. praedior. civilium vel fiscal. sive templor. s. rei privatae vel dominicae.* (XI. 70.) Congruit aequitati, ut veteres possessores fundorum publicorum novis conductoribus praeferantur, si facta per alios augmenta suscipiant. Dieſe Verordnung geht nicht blos auf fiskaliſche Güter, ſondern auch auf Patrimonialgüter des Regenten, wie theils aus der Rubrik des Titels, theils aus *L. 3. Cod. Theod. de locat. fundor. iur. emphyt.* (X. 2.) erhellet. Man wendet ſie auch auf Pachtungen ſtädtiſcher Güter an. S. WERNHER Select. Observat. for. T. II. P. X. Obs. 330. Weſtphal §. 1016. Man ſehe überhaupt über dieſes Geſetz *Goth.* SUEVI Diss. ad L. 4. C. cit.

45) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXXI. §. 13. *Andr. Flor.* RIVINUS in Diss. An et quatenus in locat. fundorum publicor. veteres possessores praeferendi sint. *Vitemb.* 1737. §. 34. beſonders Joh. Chriſt. von Quiſtorp rechtliche Bemerkungen 1. Th. 2. Bem.

angenommen ſey, theils die Staatspächter bey den Römern verhaßt geweſen, und ſich daher zu ſolchen Pachtungen eben nicht viel Liebhaber gefunden hätten, welches aber jetzt ganz anders ſey, daher der Grund des Geſetzes nun wegfalle. Allein dieſe unbedeutenden Gründe ſind ſchon längſt von andern widerlegt, und der heutige Gebrauch jener römiſchen Verordnung durch die Praxis, vorzüglich bey Kammerpachtungen, beſtätiget worden [46]). Bey den Verpachtungen der Kirchen-Ländereyen wird jedoch dem alten Pächter kein Vorzugsrecht geſtattet [47]).

Auſſer jenen Contractsklagen finden auch nach Endigung des Contracts poſſeſſoriſche Rechtsmittel Statt, nämlich 1) von Seiten des Vermiethers oder Verpächters das interdictum unde vi oder auch die Spolienklage, wenn der Conductor ohne gerechte Urſache die Zurückgabe der Sache verweigert; 2) von Seiten des Conductors das Interdictum de migrando, welches jedoch nur bey gemietheten Wohnungen dem Inquilin zuſteht, wenn ihm beym Abzuge der Vermiether ſeine Sache nicht verabfolgen laſſen

46) BERGER Oecon. iur. Lib. III. Tit. 5. Th. 25. not. 2. LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. CCXV. medit. 4. PUFENDORF Observat. iuris univ. T. I. Obs. 136. §. 1. beſonders *Tob. Iac.* REINHARTH Observat. select. ad *Christinaei* Decis. Vol. V. Obs. 14. Pütter auserleſene Rechtsfälle 4. B. 1. Th. Resp. CCCLIII. nr. 19. u. 20. und von Bülow u. Hagemann pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit 3. Band Erört. 30.

47) Gebr. Overbek Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien. 10. Band Medit. 515.

laſſen will, ohnerachtet er ihm nichts mehr ſchuldig iſt [48]). Von den erſtern iſt ſchon oben (§. 1060.) gehandelt worden, von den letztern handelt Tit. 32. des 43. Buchs der Pandecten.

48) *L*. 1. §. 1. *D. de migrando*. Hoc interdictum ſproponitur *inquilino*, qui ſoluta penſione vult migrare; nam *colono* non competit. S. FABER de Errorib. Pragmaticorum Decad. LVIII. Err. 3. Weſtphal vom Kaufe ꝛc. §. 1038. ff.

## Lib. XIX. Tit. III.

# De Aestimatoria.

### §. 1065.

**Begriff und Natur des Trödelcontracts.**

Wenn ich Jemandem eine Sache für einen beſtimmten Preis zum Verkauf unter der Bedingung einhändige, daß er entweder dieſen Preis einliefern, oder die Sache ſelbſt wieder zurückgeben ſoll, ſo nennt man dieſen Vertrag den Trödelcontract, *contractus aestimatorius* [49]). Zu welcher Gattung von Contracten derſelbe zu rechnen ſey, ſcheint ſchon unter den römiſchen Rechtsgelehrten zweifelhaft geweſen zu ſeyn, wie aus *L. 1. pr. D. h. t.* zu erſehen iſt; und noch jetzt giebt es zwey Partheyen unter den Rechtsgelehrten, deren eine den Trödelcontract zu den genannten [50]), die andere [51]) aber zu den ungenann-ten

49) *Guil. Hier.* BRÜCKNER Diss. de contractu aestimatorio. *Ienae* 1710.

50) S. *Io. Ern.* FLOERCKE Diss. de contractu aestimatorio tanquam contractu nominato. *Halae* 1756. *Io. Gottl.* LANGSDORF Tr. de pactis et contractib. Romanor. *Manhemii* 1772. §. 34. (in Hugo civiliſt. Magazin 1. Band S. 441. f.) und *Io. Gottl.* MÜLLER Vindiciae contractus aestimatorii secundum eos, qui in nominatorum numerum adserunt, tentatae. *Lipsiae* 1778.

51) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. BRÜCKNER cit. Diss. §. 3. De COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. et ad *Eun-*

ten Contract zählt. Es iſt allerdings nicht zu läugnen, daß der Trödelcontract mit manchem genannten Contract eine Aehnlichkeit hat, ja zuweilen ſchwer davon zu unterſcheiden iſt; und es konnte daher leicht ein Zweifel entſtehen, ob nicht die actio ex vendito, oder ex conducto, oder die actio mandati Statt finde, wenn man erwägt, daß doch der Empfänger die ihm zum Verhandeln gegebene Sache für den käuflich angeſchlagenen Preis ſelbſt behalten, oder daß er für das Verhandeln der Sache einen Lohn erhalten, oder auch wohl dieſes Geſchäft ganz unentgeldlich übernehmen kann. Ja wenn man ſich auch dieſen Contract vom Kauf, Miethcontract, und Mandat, als ganz verſchieden denkt, ſo kann doch leicht die aus dieſem Contract gegebene *actio aestimatoria* den Glauben an einen genannten Contract erwecken. Allein ganz entſcheidend lehrt Ulpian *libro* 32. *ad Edictum*, woraus die *L.* 1. *D. h. t.* genommen iſt, das Gegentheil: Actio *de aestimato*, ſagt er, proponitur tollendae dubitationis gratia. Fuit enim măgis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum *ex vendito* sit actio propter aestimationem: an *ex conducto*, quasi operas conduxissem: an *mandati?* Melius itaque visum est, *hanc actionem* proponi. *Quoties enim de* NOMINE CONTRACTUS ALICUIUS *ambigeretur, conveniret tamen aliquam*

*Eundem* EMMINGHAUS not. n. *Io. Melch. Gottl.* BESEKE Diss. de origine modorum contrahendi apud Rom. *Halae* 1772. §. 25. GÜNTHER Princip. iur. Rom. priv. nov. T. II. §. 1041. Thibaut Syſt. des Pand. R. 2. B. §. 896. Bucher Recht der Forderungen §. 120. u. a. m.

*quam actionem dari, dandam aestimatoriam* [52]) PRAESCRIPTIS VERBIS *actionem: est enim negotium civile gestum, et quidem bona fide.* Quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus. Deutlich genug wird in dieſer Stelle geſagt, der Trödelcontract ſey ein negotium civile, welches zwar eine causa, aber kein nomen hat, und auf welches keine der Klagen aus benannten Contracten paſſe [53]). Wie hätte auch ſonſt Zweifel über die Klage entſtehen können, wenn dieſer Contract eben ſo, wie die emtio, venditio, locatio, conductio, und andere Contracte, denen ein proprium nomen beygelegt iſt, in das Verzeichniß der Contracte wäre aufgenommen worden? und wozu wäre die actio praescriptis verbis nöthig geweſen? Der Beyſatz *aestimatoria* darf uns nicht irre machen. Denn dieſer iſt nur eine adiectitia qualitas, wodurch die Eigenſchaft der actio praescriptis verbis ausgedruckt wird, welche von der dieſem Contract weſentlichen Aeſtimation her-

52) *Ant.* FABER Rational in Pand. ad h. L. hält das Wort *aestimatoria* für die Gloſſe irgend eines unwiſſenden Interpreten, welche weggeſtrichen werden müſſe. Eben dieſes behauptete auch ſchon vor ihm *Franc.* HOTOMANN Observat. Lib. V. cap. 16. Man kann jedoch die Stelle mit Accurſius auch ſo verſtehen, dandam esse praescriptis verbis actionem, quae in hoc casu *aestimatoria* appellatur. Denn es verſteht ſich wohl von ſelbſt, daß die actio praescriptis verbis nicht in jedem andern Falle dieſen Beyſatz erhalten könne. Man ſehe auch *Ios. Fern. de* RETES Opusc. Lib. II. Sect. I. Cap. 8. Num. 4. (in *Thes. Meerm.* T. VI. p. 106.)

53) Man vergleiche hiermit die *L.* 7. §. 1. *et* 2. *D. de pactis*, und *Christ. Frid. Ge.* MEISTER Diss. de in factum actionibus. §. 26. et 27. (in Opusc. *Goett.* 1766. pag. 355. sqq.

hergenommen iſt, aber kein nomen contractus beweißt[54]. Denn der Name contractus aestimatorius findet ſich in dem ganzen Civilrecht nicht. Von dem Kaufe unterſcheidet ſich nun der Trödelcontract darin, daß die Sache nicht dem Trödler ſelbſt käuflich überlaſſen, ſondern ihm für einen beſtimmten Preis zum Verhandeln gegeben wird, und daß es in ſeiner Willkühr ſteht, entweder die Sache ſelbſt zurückzugeben, oder den dafür beſtimmten Werth einzuliefern[55]. Eben ſo ſteht es aber auch dem Eigenthümer frey, ſeine Sache, ſo lange ſie noch nicht verkauft iſt, wieder zurückzufordern[56]. Alles dieſes

54) S. de COCCEJI iur. civ. controv. Lib. XIX. Tit. 5. Qu. 1. MEISTER Diss. cit. de in factum actionibus. §. 27. in *Opuscul.* p. 306. Thibaut Syſt. §. 896.

55) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* ſagt: *Aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere, aut aestimationem, de qua convenit.* S. BRÜCKNER cit. Diss. §. 5. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 3.

56) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 19. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 12. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 2055. Das Gegentheil behauptet zwar FLOERKE cit. Diss. §. 14. dem auch *Christ. Gottl.* RICCIUS in Diss. de mercibus in commissionem mercatori ad vendendum datis §. 54. (in EIUS *Exercitat. in univ. ius cambiale.* Exercit. XI. Sect. II. pag. 70.) beyſtimmt. Allein der Grund, daß der Trödler nur alternativ verbunden ſey, und ihm daher die Wahl zuſtehe, tritt nur dann ein, wenn mit der Klage aus dem Contract auf die Erfüllung deſſelben gedrungen wird, hindert aber den Eigenthümer nicht, vor dem Verkaufe ſeiner Sache, den Contract aufzuheben. Denn da dieſer Contract ſeine rechtliche Natur und Beſtimmung lediglich aus dem Röm. Recht erhalten hat, ſo müſſen auch

dieſes widerſtreitet der Natur des Kaufcontracts. Von einem Mandat iſt der Trödelcontract darin verſchieden, daß in dem letztern der Empfänger von ſeiner Verbindlichkeit frey wird, wenn er nur denjenigen Preis erlegt, wofür die Sache des Verkaufs wegen angeſchlagen worden, geſetzt auch, daß er die Sache um einen höhern Preis verkauft hätte[57]). Denn dieſer Gewinn gehört ihm nach der Natur des Contracts, es mag ausgemacht ſeyn oder nicht[58]). Der Mandatar hingegen darf ſich keinen Gewinn zueignen, ſondern muß ſeinem Gewaltgeber einliefern, was er

auch die Grundſätze deſſelben hier rein angewendet werden. S. *Lud. God.* MADIHN ad *Mencken* Introd. in doctr. de actionibus forens. not. 937. pag. 302. und EMMINGHAUS ad *Coccejum* h. t. Qu. 12. not. e.

57) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* wo Paulus ſagt: der Trödler brauche nur *aestimationem*, DE QUA CONVENIT, zu bezahlen. S. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 14. und HOFACKER Princ. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 2055. in fin.

58) Anderer Meinung ſind zwar VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 2. ZOESIUS Comm. ad Pand. eod. tit. nr. 3. Allein die *L.* 13. *pr. D. de praescript. verb.* iſt nicht entgegen. Denn wenn Ulpian daſelbſt ſagt: Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut quo pluris vendidisses, tibi haberes, placet, neque mandati, neque pro socio esse actionem: sed in factum, quasi alio negotio gesto; ſo folgt daraus noch nicht, daß es, ohne einen ſolchen Vertrag, anders ſey. Denn davon war hier die Frage nicht, ſondern nur von der Art der Klage. S. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. §. 21. BERGER Resolut. legum obstant. h. t. Qu. 6.

er durch den Auftrag erhalten hat[59]. Er übernimt auch das Geſchäft aus Freundſchaft unentgeldlich, dahingegen dem Trödler ein Lohn verſprochen werden kann[60]. Im Trödelcontract muß ferner die zum Verhandeln übergebene Sache zu einem gewiſſen Preiſe käuflich angeſchlagen ſeyn. Allein in dem Mandate braucht nicht die Sache gerade ihrem Werthe nach beſtimmt geſchätzt zu ſeyn. Ich kann ſagen, der Empfänger ſolle ſehen, wie hoch er die Sache ausbringen könne. Dieß kann nicht als ein Trödelcontract, wohl aber als ein Mandat gelten[61]. Von einer Location unterſcheidet ſich endlich der Trödelcontract darin, daß hier nicht nothwendig, wie im Miethcontract, ein gewiſſer Lohn verſprochen werden muß, mit welchem ſich hingegen der Locator begnügen muß, ohne ſich den Ueberſchuß des Kaufpreiſes, wie im Trödelcontract, zueignen zu können[62]. Von allen drey Contracten iſt der contractus aestimatorius überhaupt darin unterſchieden, daß derſelbe, als ein ungenannter Realcontract, ſeine Perfection erſt durch die Uebergabe der käuflich geſchätzten Sache erhält:

59) *L.* 10. *§.* 8. *et* 9. *D. mandati.* *L.* 20. *pr. D. eodem.* *L.* 13. *pr. D. de praescript. verbis.* *Iust. Henn.* BOEHMER Diss. de translatione dominii in contractu aestimatorio. *Halae* 1703. §. 13. (in *Exercit.* ad Pand. T. 3.) de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. BRÜCKNER cit. Diss. §. 6.

60) *L.* 1. *§.* 4. *D. Mandati.* Mandatum, *nisi gratuitum*, nullum est. *L.* 2. *D. h. t.* Haec actio utilis est, *et si merces intervenit.*

61) BOEHMER Diss. cit. §. 14. und RICCIUS cit. Diss. §. 44.

62) *Sam. de* COCCEJI Qu. 4. et ad *Eundem* EMMINGHAUS not. u. BRÜCKNER c. l.

erhält: alioquin, si res nondum tradita sit, ſagt Paulus *L.* 1. §. 2. *D. de rerum permutatione*, nudo consensu constitui obligationem dicemus, quod in his dumtaxat receptum est, *quae nomen suum habent;* ut in emtione, venditione, conductione, mandato. Noch deutlicher giebt dieſes **Ulpian** zu erkennen, wenn er *L.* 1. *pr. D. h. t.* das Weſen unſers Contracts darin ſetzt: cum res aestimata vendenda datur[63]. So wie alſo vor der Uebergabe der Sache noch gar keine obligatio ex re begründet iſt; ſo entſteht dagegen dieſelbe, nach der Uebergabe, nur auf Seiten des Empfängers in ſo weit: ut aut ipsam rem incorruptam reddat, aut aestimationem, de qua convenit, praestet, wie ebenfalls **Ulpian** *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* lehrt. Ob aber durch die Uebergabe auch das Eigenthum der Sache auf den Trödler übertragen werde? iſt eine ſehr ſtreitige Rechtsfrage. Viele[64] glauben, eine ſolche Uebertragung aus der alternativen Verbindlichkeit des Trödlers erweiſen zu können. Denn wäre das Eigenthum nicht auf den Empfänger übergegangen, ſo würde ja der Geber befugt ſeyn, die Sache ſchlechthin zurückzufordern. Man ſagt ferner, die Schätzung geſchehe ja bey dem Trödelcontract vendi-



63) Hierdurch widerlegt ſich die entgegengeſetzte Meinung des TITIUS in Observat. ad *Lauterbachium*. Obs. 626.

64) STRYK Tr. de actionibus investig. Sect. I. Membr. IV. §. 11. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9. BERGER Resolut. Legg. obstant. h. t. Qu. 1. *Iust. Henn.* BOEHMER Diss. cit. de translatione dominii in contractu aestimatorio. §. 33. sqq. KNORRE select. Observat. ad Pand. Obs. 432. FLOERCKE Diss. de contractu aestimatorio. §. 12. BRÜCKNER Diss. cit. § 17. sqq. *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. P. II. §. 233. u. a. m.

tionis gratia. Durch einen ſolchen käuflichen Anſchlag der Sache gebe alſo der Eigenthümer zu erkennen, daß er die Sache nicht weiter behalten, ſondern nur den Preis dafür haben wolle. Daher müße denn auch der Tröbler, als Eigenthümer, die Gefahr tragen. Aestimatio autem, ſage Ulpian ganz beſtimt, *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* periculum facit eius, qui suscepit. Und iſt es wahr, was die Philoſophen ſagen, *effectus testantur de causa,* ſo ſey vollends kein Zweifel mehr übrig, daß der Tröbler durch die Uebergabe Eigenthümer der zum Verkauf gegebenen Sache werde. Denn er könne ja alle mögliche Eigenthumsrechte ausüben, von ihm hänge es ab, die Sache ſelbſt zu behalten, oder einem Andern dieſelbe zu ſchenken, ſie zu verpfänden, oder zu verkaufen, und alles dieſes können derjenige, von welchem er die Sache zum Verkauf erhalten habe, nicht hindern, ſondern dieſer müße ſich mit dem angebotenen Werthe der Sache begnügen. Allein aller dieſer Gründe ungeachtet wird dennoch von andern [65]) weit

65) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXXII. §. 5. TITIUS ad *Lauterbachium.* Obs 627. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t Qu. 2. et ad Eundem EMMINGHAUS not. p. *Io. Henr.* STUHLMANN Diss. de dominio per contractum aestimatorium ante solutionem pretii in accipientem non translato. *Goett.* 1770. *Car. Frid.* WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. III. cap. V. §. 2. *Io. Ern. Iust.* MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* T. II. Fasc. II. Obs. 448. Höpfner theor. pr. Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen §. 802. Chriſt. Heinr. Gottl. Köchy Meditationen über die intereſſanteſten Gegenſtände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit 1. B. 14. Betr. S. 168. ff. Thibaut Syſt. des Pand. Rechts 2. B. §. 896. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 2055. et not. c. GÜNTHER Prin-

weit richtiger das Gegentheil behauptet. Denn in der Natur des Contracts läßt ſich kein Grund auffinden, der uns von einer Uebertragung des Eigenthums auf den Empfänger die vollkommene Ueberzeugung gäbe; es liegt vielmehr darin der vollgültigſte Beweis für das Gegentheil. Sey es auch immerhin dem Eigenthümer, der ſeine Sache Jemandem zum Vertrödeln übergiebt, noch ſo gleichgültig, ob der Empfänger dieſelbe für den angeſchlagenen Werth behält, oder ein Dritter ſie dafür kauft, wenn er nur ſein Geld bekommt; ſo iſt doch wenigſtens ſeine Abſicht gewiß nicht dahin gerichtet, das Eigenthum gleich bey der Schlieſſung des Contracts dem Trödler zu überlaſſen; es iſt vielmehr ſelbſt die alternative Verbindlichkeit, welche der Trödler in dieſem Contract übernimmt, der überzeugendſte Grund, daß das Eigenthum nicht eher auf den Empfänger der Sache übergehe, als bis derſelbe durch wirkliche Bezahlung des angeſchlagenen Werths erklärt hat, daß er das Eigenthum an der Sache erwerben wolle, weil es ja vorher noch immer ungewiß bleibt, ob er die Sache zurückliefern, oder den Werth dafür entrichten wird. Daß auch dieſe alternative Verbindlichkeit des Trödlers den andern Theil, der die Sache zum Verhandeln gegeben hat, nicht hindere, dieſelbe vor geſchehenem Verkaufe und Bezahlung des angeſchlagenen Werths zu vindiciren, iſt ſchon oben bemerkt worden. Die Frage, wer die Gefahr der Sache trägt, ſetzt auch nicht ſchlechterdings die Uebertragung

Princip. iur. Rom. priv. noviss. T. II. §. 1041. HALBLANC Princip. iur. Rom. T. II. Sect. II. §. 561. not. e. Mackeldey Lehrbuch der Inſtitutionen §. 591. Schweppe Röm. Privatrecht 2. B. §. 415. u. a. m.

tragung eines Eigenthums voraus. Denn es iſt ja gar nichts Ungewöhnliches, daß das periculum auch in einem ſolchen Contract übernommen werden kann, in welchem an Uebertragung des Eigenthums gar kein Gedanke iſt, z. B. im Leih- oder Hinterlegungs-Contract. Und mehr ſagt auch gewiß der Ausſpruch des Ulpian nicht. Aestimatio facit periculum eius, qui suscepit. Denn dieß heißt nichts anders, als der Trödler trägt die Gefahr, wenn er ſie übernahm [66]. In wiefern er ſie aber übernimmt, iſt aus andern Stellen zu ergänzen. Ulpian hat ſich darüber an einem andern Orte beſtimmter erklärt. Es iſt die *L.* 17. §. 1. *D. de praescriptis verbis*, welche aus *libro* 28. ULPIANI *ad Edictum* genommen iſt. Hier ſagt Ulpian: Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres, aut pretium eorum: deinde haec perierint ante venditionem: cuius periculum sit? Et ait *Labeo*, quod et *Pomponius* scripsit, ſi quidem ego te venditor [67]) rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum, ſi neuter nostrum, sed duntaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes. Ulpian unterſcheidet hier drey Fälle. Erſtens, der Trödler bat den Eigenthümer, ihm die Sache zum Verkauf zu geben. Hier trägt er das periculum. Zweytens, der Eigenthümer bat den Trödler, ihm

66) *Aestimatio* iſt hier nicht für Schätzung, ſondern für den contractus aestimatorius zu nehmen. S. Fr. Schöman Handbuch des Civilrechts. 1. Bd. S. 328 f.

67) So lieſet die Taurelliſche Ausgabe. Haloander und Baudoza haben venditorem. Eben ſo Cod. Pand. Erlang. Allein *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. hält beyde Leſearten für unrichtig, und emendirt *venditurum*.

ihm ſeine Sache zu verkaufen. Hier trägt der Eigenthümer die Gefahr. **Drittens** Keiner hat den andern gebeten; auch hier muß der Eigenthümer das periculum tragen, und der Tröbler haftet nur für dolus und culpa. Wozu wohl dieſe ganze Diſtinction, wenn die Natur des Contracts eine Uebertragung des Eigenthums mit ſich brächte? So wie nun der Tröbler nach **Ulpian** durch bittweiſen Antrag zum Verkauf, ſtillſchweigend das periculum übernimmt, ſo geſchieht es auch dadurch, wenn er den Werth beſtimmt zu geben verſprach [68]). Auch dieſen Fall hat **Ulpian** in einer Stelle bemerkt, welche eben ſo, wie die *L.* 17., aus *libro* 28. *ad Edictum* entlehnt iſt. *L.* 5. §. 3. *D. Commodati* iſt es, wo es heißt: Et si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, *qui aestimationem se praestaturum recepit.* Was in beyden Fällen ſtillſchweigend geſchieht, kann auch wohl auſſerdem ohne Bedenken **ausdrücklich** verſprochen werden. Nun erwäge man aber noch, daß es doch gewiß beym Tröbelcontract, als einer bloßen Einleitung zum Kaufe, nicht anders ſeyn kann, als bey dem Kaufe ſelbſt. Die Natur des Kaufcontracts bringt es ja aber mit ſich, daß das Eigenthum nicht anders auf den Käufer übergeht, als wenn der Verkäufer bezahlt iſt, oder Credit gegeben hat [69]). Nur unter dieſer Bedingung gelten auch die von dem Tröbler gemachten Diſpoſitionen über die

68) S. **Geigers** und **Glücks** Rechtsfälle 1. Band Nr. XIII. §. 5. S. 246. Not. 13. und **Thibaut** a. a. O.

69) *L.* 19. *D. de contrah. emt.* §. 41. *I. de rer. divis.* *L.* 5. §. 18. *D. de tributor. act.* S. *Christ. Wilh.* WEHRN Doctr. iuris explicatrix principior. et causar. damni praestandi. Cap. IV. §. 33. p. 225.

die Sache, und es ſteht in dem entgegengeſetzten Falle dem Eigenthümer unſtreitig ein Vindicationsrecht, ſo wie, wenn über des Trödlers Vermögen ein Concurs entſteht, ein Abſonderungsrecht zu [70]).

## §. 1066.

### Wird der Trödelcontract im Zweifel vermuthet?

Nach der richtigeren Meinung geht alſo das Eigenthum nicht anders auf den Trödler oder deſſen Käufer über, als wenn dem Verkäufer das anſchlagsmäßige Kaufgeld bezahlt, oder dem Käufer Credit gegeben worden iſt. Es iſt daher alles unrichtig, und ſchon widerlegt, was Hellfeld hier aus dem Satz ableiten will, daß der Trödler durch die Uebergabe Eigenthümer der Sache werde. Da übrigens der Trödelcontract eine große Aehnlichkeit mit der Dienſtmiethe und dem Mandat hat, ſo entſteht die Frage, was im Zweifel für ein Geſchäft zu vermuthen ſey, wenn eine Sache Jemandem für einen käuflich angeſchlagenen Werth zum Verhandeln gegeben wird? Hellfeld behauptet, es ſey im Zweifel nie ein Trödelcontract zu präſumiren. Allein Böhmer [71]) behauptet das Gegentheil, weil ja nach *L.* 1. *D. h. t.* tollendae dubitationis cauſa die actio praeſcriptis verbis aeſtimatoria eingeführt worden ſey. Es kommt wohl auch hier, wie bey allen Contracten, zunächſt auf die Intention der Contrahenten an, dieſe muß entſcheiden, was für ein Geſchäft geſchloſſen worden

70) Chriſt. Gottl. von Gmelin Ordnung der Gläubiger bey dem Gantproceſſe. Kap. 2. §. 49. S. 135. f.

71) Diſs. de translatione dominii in contractu aeſtimatorio. §. 16.

den ſey. So iſt z. B. der ſogenannte Commiſſionshandel nicht nach den Grundſätzen vom Trödelcontract, ſondern nach den Regeln des Bevollmächtigungs-Contracts zu beurtheilen, wenn gleich der Commiſſionär für ſeine Bemühung eine Proviſion erhält [72]). Eben ſo iſt es ferner keinem Zweifel unterworfen, daß wenn ich einem Freunde, der gerade auf die Meße reiſet, eine Sache mitgebe, um ſie mir, wenn ſich ein Liebhaber dazu finden ſollte, für einen zu dem Ende käuflich angeſchlagenen Preis zu verkaufen, dieſes Geſchäft für keinen Trödelcontract, ſondern für ein bloſes Mandat zu halten ſey [73]). Es iſt alſo in vorkommenden Fällen theils darauf zu ſehen, ob das Geſchäft, wie der unter Kaufleuten übliche Commiſſions- und Speditionshandel [74]), ſeine eigene Natur hat, wo dann die demſelben eigenen Grundſätze zur Anwendung kommen; theils aber auch auf die Qualität der Perſon, mit der das Geſchäft geſchloſſen wird. Iſt dieſe eine ſolche Perſon, welche vom Vertrödeln Profeſſion macht, und damit ein eigenes Geſchäft treibt; ſo iſt der Con-

72) S. *Ios. Lud. Ern.* PÜTTMANN de negotiatione, quae procuratorio nomine exercetur, in EIUS *Miſcellaneor. ad ius pertinent.* Spec. IX. und *Io. Chriſt.* KOCH Diſs. de mercibus in commiſſionem datis. *Gieſsae* 1766.

73) BOEHMER cit. Diſs. §. 14.

74) S. Weſtphals teutſches Privatrecht 1. Th. Abh. 14. von Bülow und Hagemann's practiſche Erörterungen. 4. B. Erört. 78. *Carl. Frid.* GÜNTHER Commentat. de expeditoribus mercium per varia emporia tranſportandarum. *Lipſiae* 1808.

Contract, den man mit derſelben ſchließt, ohne Zweifel für einen äſtimatoriſchen Contract zu halten [75]).

## §. 1067.

### Klage aus dem Trödelcontract.

Die aus dem Trödelcontract entſpringende perſönliche Klage iſt die actio praescriptis verbis aestimatoria [76]). Sie wird nicht nur von demjenigen angeſtellt, welcher die Sache zum Vertrödeln gab, oder deſſen Erben, gegen den Empfänger, oder deſſen Erben, auf Erfüllung der dem Beklagten aus dem Contract obliegenden alternativen Verbindlichkeit, entweder die Sache unverletzt wieder zurückzugeben, oder das Geld, wofür ſie käuflich angeſchlagen worden iſt, und zwar mit den Zinſen des Verzugs [77]) zu bezahlen, nicht minder alle verurſachten Schäden und Koſten zu erſetzen; ſondern es kann ſich auch der Trödler derſelben bedienen, wenn ihm ein Lohn für ſeine Mühwaltung verſprochen worden iſt [78]), und geht dann auch auf die Bezahlung deſſelben mit den Zinſen des Verzugs, oder auch auf Erſatz aller etwa ſonſt beym Verkauf gehabten Koſten oder erlittenen Schäden. Hellfeld und mehrere ande-

75) BOEHMER cit. loc. §. 15.

76) S. Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 1054. ff.

77) §. 28. *I. de action.* *L.* 32. §. 2. *D. de Usur.* Denn L. 1. *pr. D. h. t.* ſagt: Omnia hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 3.

78) *L.* 2. *D. h. t.* Haec actio utilis est, et si merces intervenit.

andere Rechtsgelehrten [79]) nennen jene Klage die *actio directa* ex contractu, dieſe aber die *actio contraria*. Allein die Geſetze kennen dieſen Unterſchied nicht. Sie ſagen vielmehr ausdrücklich die actio praescriptis verbis aestimatoria ſey utilis, et si merces intervenit, das heißt, ſie ſey auch in dem Fall zu gebrauchen, wenn ein Lohn verſprochen worden, und komme alſo nicht minder dem Trödler zu ſtatten. Die Klage wird alſo hier nicht *utilis* genannt, im Gegenſatz der actio directa, ſondern der Ausdruck *utilis est*, heißt hier ſoviel, als actio haec institui s. adhiberi potest, oder proficua est [80]). Ueberhaupt giebt jeder ungenannte Contract immer demjenigen, welcher denſelben ſeiner Seits erfüllet hat, eine directe Klage, gegen den Andern, wegen deſſen, was dieſer vermöge des Contracts zu leiſten hat, welche ohne Unterſchied actio praescriptis verbis genennet wird [81]). Iſt die zum Verhandeln gegebene Sache durch Zufall zu Grunde gegangen, und es iſt ein ſolcher Fall vorhanden, wo der Trödler die Gefahr übernahm, ſo geht die Klage gegen ihn gerade zu auf die Bezahlung des angeſchlagenen Werths [82]).

79) SUENDENDOERFFER de actionib. Cap. III. Membr. 33. Sect. 2. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 1. Th. 3. n. II. HEINECCIUS Elem. iur. civ. sec. ord. Pand. h. t. §. 342.

80) S. *Ant.* FABER Rational. ad L. 2. h. t. STRYK Tract. de actionib. forens. Sect. I. Membr. VII. §. 9.

81) Schmidt Lehrbuch von Klagen §. 1055. Not. e.

82) *L.* 10. §. *fin. D. de iure dot. L.* 2. §. 3. *D. de eo, quod certo loco.* L. 95. pr. et §. 1. D. de solut. LAUTERBACH Colleg. Pand. th. pr. h. t. §. 16.

Lib. XIX.

## Lib. XIX. Tit. IV.

# De rerum permutatione.

### §. 1068.

**Ungenannte Contracte. Beſondere Eigenſchaft und Unterſchied derſelben von benannten Contracten.**

Mit dieſem Titel, glaubt Hellfeld, gehe erſt die Lehre von unbenannten Contracten an, weil er den contractus aestimatorius noch zu den benannten Contracten zählt. Allein es iſt ſchon gezeigt worden, daß dieſer Contract, wenn er auch, wie noch verſchiedene andere, welche Hellfeld ſelbſt ohne Bedenken zu den ungenannten Contracten rechnet, im gemeinen Leben einen beſondern Namen hat, dennoch in den Geſetzen durch kein *proprium nomen* bezeichnet iſt, ſondern nur durch eine Umſchreibung kenntlich gemacht wird [83]). Unbenannte Contracte, von deren Urſprung ich ſchon an einem andern Orte [84]) gehandelt habe, ſind nun zweyſeitige Verträge, und an ſich pacta nuda, welche nach der Lehre des Römiſchen Rechts zwar durch Erfüllung von Seiten des einen Theils eine cauſa, d. h. eine bürgerliche Wirkſamkeit, oder einen rechtlichen Grund der Verbindlichkeit erhal-

83) *L. 1. pr. D. de aestimat. L. 17. §. 1. D. de praescript. verb.*

84) S. den 4. Th. dieſes Commentars § 308. S. 231. ff.

erhalten, aber durch kein proprium nomen contractus, wie Ulpian [85]) ſagt, in den Civil-Geſetzen bezeichnet ſind, und daher nur eine unbeſtimmte Civilklage, die actio praescriptis verbis hervorbringen[86]). Die Geſetze[87]) ſagen: Nam cum deficiunt *vulgaria atque usitata actionum nomina*, PRAESCRIPTIS VERBIS *agendum est:* in quam necesse est confugere, quoties *contractus* existunt, *quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt.* Natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia, quam vocabula. Dieſe Contracte ſind alſo 1) Real-Contracte, die erſt dadurch ihre Vollgültigkeit erhalten, wenn zu der Einwilligung von einer Seite die wirkliche Leiſtung hinzukommt. Re contrahitur obligatio. Sie haben alſo an ſich eine Bilateral-Convention zum Grunde, welche dadurch in einen Contract übergeht, daß von dem einem Theile Etwas geleiſtet worden, und dieſe Leiſtung unter der Bedingung geſchehen iſt, daß eine andere Leiſtung dagegen erfolge. Denn es ward in dem römiſchen Gerichtsgebrauche der allgemeine Grundſatz angenommen, daß man bey jedem an

85) *L.* 7. §. 1. *D. de pact.*

86) C. FROMMANN Diss. de contractuum nominatorum et innominatorum differentia. *Tüb.* 1671. *H.* DONELLUS Comment. iur. civ. Lib. XIV. c. 35. *Ios. Fern. de* RETES Opusc. Lib. II. Sect. I. (in *Thes. Meerm.* VI. 89. sqq.) *Io.* D'AVEZAN Contractuum libr. I. cap. 7. 9. et 12. (in *Thes. Meerm.* T. IV. p. 17. 21. 27. sqq.) *Io. Guil.* REINICKE singularia quaedam ad contractus Romanorum innominatos. *Francof. ad Viadr.* 1810. Hugo civiliſt. Magazin 1. Band S. 468. ff.

87) *L.* 2. 3. *et* 4. *D. de praescript. verbis.*

an ſich nicht klagbaren Vertrage durch die wirkliche Leiſtung ſeinen Mitcontrahenten zur Gegenleiſtung vollgültig verpflichten könne [88]). 2) Die causa dieſer Contracte, durch welche die obligatio civilis bey denſelben erzeugt wird, beſtehet in der Annahme der von Seiten des einen der Contrahenten geſchehenen Leiſtung, und durch die Art dieſer Leiſtung wird auch ihr Name bezeichnet, der ſich dann freylich nur auf die allgemeine Formel praesto ut praestes reducirt. Es giebt zwar unter dieſen Contracten einige, welche im gemeinen Leben einen beſondern Namen erhalten haben, nämlich die permutatio, der contractus aestimatorius, und der contractus suffragii; allein dieß iſt kein nomen contractus, in ſofern dadurch die Individualität, und vollkommene Beſtimmtheit einer Conventionsart characteriſirt werden ſoll. Nur ein ſolcher Name giebt dem Contract den Character eines benannten, welcher den Vertrag und ſeinen Inhalt für einen individuellen ſich immer gleichbleibenden Fall genau bezeichnet, und welchen denn auch natürlicher Weiſe die Klage trägt, die für dieſen individuellen ſich immer gleichen Fall ein für allemal beſtimmt iſt [89]). Wenn hingegen eine Convention, ihres Namens ungeachtet, unendlicher willkührlicher Modificationen fähig war, ſo daß aus demſelben im Voraus die Klagformel in ihrer möglichſten und in der Hauptſache ſich gleichbleibenden Beſtimmtheit nicht gefaßt wer-

88) S. *Christ. Frid. Ge.* MEISTER Diss. de in factum actionibus. §. 26. in *Opusc.* T. I. pag. 355. sqq. und Thibaut Syſt. des Pand. Rechts 1. Th. § 164.

89) S. Hübner's und Tittmanns Bibliothek kleiner juriſtiſcher Schriften. 2. B. S. 289.

werden konnte, ſo hatte ein ſolcher Contract nur eine causa, aber kein nomen. Es war hier, wie Ariſto bey **Ulpian**[90]) ſagt, zwar ein *συνάλλαγμα*, ein verbindliches Geſchäft vorhanden, sed quod in alium contractum, nempe nominatum, non transibat; man ſahe es für ein negotium *novum*[91]), für ein negotium *proprii contractus*[92]) an, und nannte es einen contractus incertus[93]), cuius appellatio nulla iure civili prodita est[94]). Es iſt daher die Eintheilung, welche Hellfeld hier vorbringt, wenn er die unbenannten Contracte in regulares und irregulares eintheilt, nicht römiſch. 3) Der Unterſchied zwiſchen benannten und unbenannten Contracten beſteht demnach darin[95]). Benannte Contracte ſind feſt beſtimmt und begränzt, ſo daß ihr Inhalt durch den Namen, welcher ihnen in dem Civilrecht beygelegt iſt, klar angedeutet wird, jeder derſelben wirkt daher eine beſondere nach ihm benannte Klage, denn ſie waren einer individuellen Klagformel fähig. Sie werden deswegen contractus certi genennt. *Contractus* igitur *certos*, ſagt **D'Avezan**[96]), dicere debemus eos, quibus lex certam et propriam naturam,

90) *L.* 7. §. 2. *D. de pactis.* Man ſehe über dieſe Stelle vorzüglich *Ger.* NOODT de pactis et transact. Cap. 9.

91) *L.* 22. *in fin. D. de praescript. verb.*

92) *L.* 19. *D. eod.* S. RETES Opuscul. Lib. II. Sect. I. Cap. 1. nr. 5.

93) *L.* 9. *pr. D. de rebus credit. L.* 7. §. 2. *D. de pactis.*

94) *L.* 3. *D. de praescr. verbis.*

65) S. Thibaut Syſtem §. 165.

96) Contractuum Lib. I. Cap. 9. pag. 21.

turam, poteſtatem, conceptionem, definitionem propriam, certos terminos et fines, certum denique ius dedit, hoc eſt *contractus nominatos*, quorum ſcilicet propriae appellationes iure civili proditae ſunt, qui ideo *certi* dicuntur, quia vel ex ipſa nominis pronunciatione apparet, qualis quisque ſit, et quid eius poteſtate naturaliter inſit. Von ganz anderer Art ſind die unbenannten Contracte. Bey dieſen war, wegen ihrer unendlichen Mannigfaltigkeit, eine ſolche feſte Beſtimmung und Begränzung nicht möglich. Ihre Beſtimmung hieng mehr von der Willkühr der Contrahenten, als von geſetzlicher Vorſchrift ab. Daher mußte in jedem einzelnen Falle die Klagformel nach den beſondern vorliegenden Umſtänden normirt werden, und dieſe konnte alſo auch, nach der Natur des Geſchäfts, keine andere, als eine actio incerta ſeyn, welche man deswegen *actio in factum* oder *praeſcriptis verbis* nannte, weil es gewöhnlich war, dem Rechtsgelehrten, welcher die Klagformel aufſetzte, zum Behuf derſelben eine Species facti zu überreichen, nach welcher ſie normirt wurde [97]. In dieſer Hinſicht reſcribirten die Kaiſer **Diocletian** und **Maximian** *L. 6. Cod. de rer. permutat.* Rebus certa lege traditis, ſi huic non pareatur, *praeſcriptis verbis* INCERTAM *civilem dandam actionem*, iuris auctoritas demonſtrat. Daß die Klage auf Erfüllung des Contracts zuweilen einen Zuſatz erhielt, wenn nämlich der Vertrag im gemeinen Leben einen beſondern Namen hatte, wie ſchon

97) S. MEISTER Diſs. cit. §. 32. und HUBER Praelect. ad Pand. Lib. XIX. Tit. 5. §. 2.

ſchon bey der actio praeſcriptis verbis aeſtimatoria vorgekommen iſt, änderte das Weſen der Sache nicht. Ungenannte Contracte haben ferner das Beſondere, daß ſie nur auf Seiten desjenigen verbindlich ſind, welcher die Leiſtung angenommen hat. Beſtand daher die Erfüllung in einem Geben, ſo ſtand dem Geber, ſo lange die Gegenleiſtung noch nicht erfolgt war, die Wahl frey, ob er mit der actio praeſcriptis verbis gegen den Empfänger auf die Erfüllung des Contracts klagen, oder dieſes Recht aufgeben, und das Gegebene zurückfordern wollte, weshalb ihm denn, ſchon der bloßen Reue wegen, welche nur in wenigen Fällen unſtatthaft war [98]), die *condictio ob cauſam datorum*, oder *condictio cauſa data, cauſa non ſecuta* geſtattet wurde [99]), von der ſchon an einem andern Orte [100]) gehandelt worden iſt. Eine ſolche einſeitige Aufhebung des Vertrags war bey den genannten Contracten, nur wenige ausgenommen, nicht erlaubt, wie auch ſchon an einem andern Orte [1]) vorgekommen iſt. Eben ſo konnte aber auch, wenn ein unbenannter Contract durch Leiſtung eines Factum entſtand, nur auf die Erfüllung oder das Intereſſe geklagt werden. Jedoch mußte die generelle actio praeſcriptis verbis, im Falle eines erweislichen offenbaren Dolus, der ſpeciellen actio doli weichen.

98) *L.* 8. *D. de cond. cauſ. dat. cauſa non ſec. L.* 29. *C. de Tranſact.* S. den 13. Th. dieſes Commentars. §. 822.

99) *L.* 5. §. 1. *et* 2. *D. de praeſcr. verbis. L.* 7. *D. eodem.*

100) Th. 13. S. 9. ff.

1) S. den 4. Th. §. 313. S. 291. ff.

weichen [2]). Nam, *cum deficiant vulgaria atque uſitata actionum nomina*, praeſcriptis verbis agendum eſt [3]).

## §. 1069.

### Verſchiedene Arten der unbenannten Contracte.

Die ungenannten Contracte werden nun auf die vier allgemeinen Claſſen reducirt, welche Paulus *L. 5. pr. D. de praeſc. verbis* auf folgende Art angiebt: Aut *do tibi, ut des:* aut *do, ut facias:* aut *facio, ut des:* aut *facio, ut facias.* Es iſt merkwürdig, daß Paulus in dieſer Stelle unter den angeführten vier Formen auch benannte Contracte begreift, um zu zeigen, wie bey der ſo unendlich mannichfaltigen Modification der möglichen Fälle daraus geklagt werden müſſe. In quibus quaeritur, ſagt er, *quae obligatio* (i. e. actio) *naſcatur?* Die Veranlaſſung zu dieſer Erörterung gab ihm die Frage, was hat für eine Klage Statt, wenn ich in Gemäßheit einer mit Dir getroffenen Convention, nach welcher Du meinem natürlichen Sohne, der Dir dient, die Freyheit ſchenken ſolleſt, ich aber auch dagegen deinen natürlichen Sohn, der mir dient, manumittiren wolle, den deinigen wirklich in Freyheit geſetzt habe, Du aber den meinigen in der Sklaverey zurückbehälſt? Um dieſe Frage beantworten zu können, geht Paulus zuvor alle Arten von Conventionen durch, bey welchen eine datio ob rem vorkommt. (In hac quaeſtione *totius ob rem dati tractatus* inſpici poteſt.) Er fängt mit dem Contract *do, ut des* an, und

2) *L.* 5. §. 2. *D. h. t. L.* 4. *Cod. de dolo.*

3) *L.* 2. *D. h. t. Ed.* CALDERA Variar. Lection. Lib. II. cap. 10. (*Theſ. Meerman.* Tom. III. pag. 619.)

und unterſcheidet zwey Fälle. a) *Pecuniam do, ut rem accipiam.* Dieß iſt ein Kauf, ſagt er, und natürlich iſt hier die Klage keine andere, als die aus dieſem Contract entſpringende. b) *Rem do, ut rem accipiam;* dieß iſt kein Kauf, ſondern eine permutatio. Daraus entſpringt zwar auch eine obligatio civilis, allein die Klage iſt hier nicht die actio emti, ſondern die actio praescriptis verbis, welche nicht auf Zurückgabe des Empfangenen, ſondern auf die verabredete Gegenleiſtung geht, oder, wie **Paulus** ſich ausdrückt, in qua actione id veniet, non ut reddas, quod acceperis, sed *ut damneris mihi, quanti interest mea, illud, de quo convenit,* accipere. Ich kann aber doch auch, vermöge des hier ſtatt habenden Reurechts, wenn ich dieſes ausüben will, auf Zurückgabe deſſen klagen, was der Beklagte von mir empfangen hat. Dieß iſt dann die *condictio causa data, causa non secuta.* Dieſe letztere Klage hebt aber den Contract wieder auf, dahingegen die erſtere ihn aufrecht erhält. Das hier abgeſchloſſene Geſchäft gehört alſo in die Zahl der Contracte, die kein proprium nomen haben. **Paulus** zeigt zugleich in einem Beyſpiele, wer hier das periculum trage. Ich gebe Dir Becher (scyphi), daß Du mir dagegen deinen Stichus gebeſt. Stirbt derſelbe vor der Uebergabe, ſo trifft der Schade mich [4]), und Du darfſt nur für Culpa haften. Explicitus est articulus ille *do, ut des.* Er kommt nun auf den Contract *do,*



4) Nämlich inſofern, daß ich nicht mit der actio praescriptis verbis den Werth deſſelben verlangen kann. Ob ich aber nicht das Gegebene zurückfordern könne? iſt eine andere Frage, die hier nicht entſchieden wird. S. den 4. Th. dieſes Commentars §. 326. S. 384. Not. 59.

*ut facias.* Auch dieſer begreift wieder zwey Species unter ſich. 1) Das Factum der Gegenleiſtung iſt ein ſolches, worüber man ſonſt einen Miethcontract abzuſchließen pflegt, z. B. Du ſollſt mir ein Gemählde mahlen. Habe ich dem Andern Geld zum Lohn gegeben, ſo iſt eine Locatio vorhanden; habe ich ihm aber eine andere Sache dafür gegeben, ſo iſt dieß kein genannter Contract, ſondern es entſpringt daraus entweder die actio civilis in hoc, *quod mea interest*, oder die condictio *ad repetendum.* 2) Das Factum iſt ein ſolches, quod locari non poſsit, z. B. Du ſollſt einen deiner Sklaven manumittiren, es ſey eine Zeit dazu beſtimmt, oder nicht. Auch hier iſt das Geſchäft ein unbenannter Contract. Es kann alſo das Gegebene zurückgefordert, oder praeſcriptis verbis geklagt werden. Wie aber, wenn ich Dir einen Sklaven gegeben habe, um dagegen den Deinigen freyzulaſſen. Du haſt auch deinen Sklaven manumittirt, aber der Sklave, den ich Dir gegeben habe, iſt evincirt worden; was wird hier für eine Klage ſtatt haben? **Paulus** unterſcheidet zwey Fälle. Erſtens, ich gab wiſſentlich Dir einen fremden Sklaven, hier hat nach **Julians** Meinung gegen mich die actio doli ſtatt. Zweytens ich wußte nicht, daß der Sklave einem Andern gehöre. Hier iſt die actio in factum civilis anzuſtellen. **Paulus** kommt nun auf die Convention *ſi faciam, ut des*, und unterſtellt den Fall, wo ich zwar der Convention ein Genüge gethan habe, allein der andere Theil mit der Gegenleiſtung zurückbleibt. Hier ſagt **Paulus**, nulla erit *civilis actio,* et ideo *de dolo* dabitur. **Paulus** betrachtet endlich noch die Convention: *ſi facio, ut facias.* Er zeigt hier, daß auch dieſe Convention, als genus, einen benannten Contract in ſich faſſen

faſſen könne, ſo gut, wie die Convention do, ut des, eine emtio, und die conventio do, ut facias, eine locatio. Paulus giebt das Beyſpiel: Si pacti sumus, ut tu a meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romae: vel ut tu in meo, ego in tuo solo aedificem: et ego aedificavi, et tu cessas. Wir haben alſo mit einander den Vertrag geſchloſſen, daß Du von meinem Schuldner zu Carthago auf deine Koſten, ich aber von dem Deinigen zu Rom auf meine Koſten eine Summe erheben ſolle; oder Du ſollſt auf meinem Grunde, und ich will auf dem deinigen bauen, ich habe auch die Convention meiner Seits erfüllt, allein es liegt an Dir, ſie auch noch deiner Seits zu erfüllen. Was iſt dieſes für ein Geſchäft? Es ſcheint, ſagt Paulus, es liege hier ein Mandat zum Grunde, denn ohne ein ſolches könnten ja keine fremden Gelder erhoben werden. (In priorem speciem *mandatum* quodammodo intervenisse videtur, *sine quo exigi pecunia alieno nomine non potest.*) Zwar macht ſich Paulus den Einwurf, es ſeyen doch auch Koſten damit verbunden, welche jeder von uns bey Eintreibung des Geldes übernehmen ſollte. Nach der Natur des Contracts müſſen aber eigentlich dem Mandatar die Koſten erſtattet werden [5]). Allein dieſer Einwurf laſſe ſich heben, wenn man erwägt, daß wir doch einander gegenſeitig einen Dienſt leiſten; und daß eine Bevollmächtigung zuweilen, vermöge eines Nebenvertrags, auch über ihre natürlichen Gränzen hinausgehen könne, gleich jedem andern Contracte. Paulus ſagt: Quamvis enim et impendia sequantur, tamen mutuum officium praestamus;

et

5) *L.* 27. §. 4. *D. Mandati.*

et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere. Er führt das Beyſpiel an: Ich trage Dir auf, daß Du dem Titius eine Sache überbringen, und auf den Fall, daß er ſie etwa nicht annimmt, dieſe mir verwahren ſolleſt; hier hat dennoch nicht die actio depositi, ſondern mandati ſtatt. So erklärt die Worte: (Possum enim tibi mandare, ut et custodiam mihi praestes,) Cujaz [6]). Oder auch auf den vorigen Fall zurückzukommen, Du ſollſt bey der Eintreibung des Geldes nicht mehr als 10. aufwenden, nämlich ſo, daß wenn Du einen größern Koſtenaufwand machſt, Du keinen Erſatz verlangen kannſt (et non plus impendas in exigendo, quam decem). Und in der That, wenn wir beyde einen gleichen Koſtenaufwand machten, wer könnte daran zweifeln, daß das Geſchäft doch ein Mandat ſey, denn hier würden ſich die Koſten gegen einander dergeſtalt aufheben, daß es eben ſo gut ſeyn würd, als wenn keiner für den Andern Koſten verwandt hätte, wenn auch nur einer von uns erſt den Auftrag vollzogen haben ſollte. (Dieß, dünkt mir, der Sinn der Worte zu ſeyn: et si eandem quantitatem impenderemus, nulla dubitatio est, sin autem alter fecerit, ut et hic mandatum intervenisse videatur, quasi refundamus invicem impensas.) Dennoch iſt, genau erwogen, kein wahres Mandat vorhanden, der Koſtenaufwand mag von beyden Seiten gleich, oder ungleich ſeyn. Denn in dem letztern Falle hat der eine

Theil

6) In Iulio Paulo, ad h. L. *Operum* Tom. II. pag. 1074. Man ſehe auch POTHIER Pandectae Iustin. T. I. h. t. Nr. XX. not. d.

Theil offenbaren Schaden, den er beym Mandat nicht leiden darf [7]); in dem erſten aber hat jeder Theil die Koſten, die er für den andern aufwandte, auch zu ſeinem eigenen Vortheil verwendet [8]). Das Mandatum iſt alſo nicht gratuitum. Iſt aber kein wahres Mandat vorhanden, ſo kann auch die actio mandati nicht füglich angeſtellt werden. Das Sicherſte wird alſo ſeyn, die Actio praescriptis verbis zu gebrauchen. Dieſe vertritt hier die Stelle der actio mandati eben ſo, wie ſie in den obigen Fällen die der actio locati und emti vertrat, und iſt für beyde Fälle geeignet, ſo wohl für den der Eintreibung der Gelder von unſern beyderſeitigen Schuldnern, als für den oben angeführten andern Fall der gegenſeitigen Aufführung eines Gebäudes. Denn auch in dem letztern Falle ſcheint ein Mandat zum Grunde zu liegen, doch auch kein wahres Mandat. Denn dieſelbigen Zweifel walten hier ob. Es iſt alſo auch hier die actio praescriptis verbis ſicherer; obwohl zwiſchen beyden Fällen noch der Unterſchied Statt findet, daß ich von Deinem Schuldner nicht ohne dein Mandat Geld beytreiben kann, wohl aber ohne ein ſolches Mandat von Dir erhalten zu haben, auf deinen Boden bauen kann. So erklären ſich nun die Worte: Sed tutius erit, et in insulis fabricandis et in debitoribus exigendis praescriptis verbis dari actionem: quae actio similis erit mandati actioni: quemadmodum in superioribus casibus, locationi et emtioni. Nach dieſer Erörterung kommt nun **Paulus** endlich auf die Entſchei-

7) *L.* 20. *pr. D. Mandati.*

8) *Ant.* FABER Rational in Pand. ad h. L.

ſcheidung der gleich anfangs aufgeworfenen Frage zurück. Der Fall war der. Mein natürlicher Sohn iſt dein Sklave, und dein natürlicher Sohn dient mir. Wir ſchließen mit einander den Vertrag, daß Du den meinigen und ich den deinigen freylaſſen wolle. Ich habe den deinigen manumittirt, allein Du nicht den meinigen. Die Frage war nun, was ich gegen Dich für eine Klage anzuſtellen habe? **Paulus** entſcheidet dieſelbe durch einen Schluß aus dem Vorhergehenden. Die Convention iſt ein Contractus facio, ut facias. Dieſer begründet die actio civilis praeſcriptis verbis, wenn er Aehnlichkeit mit einem benannten Contract hat. Sie iſt alſo auch hier anzuſtellen, und darauf zu richten, daß mir das Intereſſe geleiſtet werde. Dieſes Intereſſe konnte aber nur darnach beſtimmt werden, daß ich jetzt den Sklaven, den ich freyließ, nicht mehr habe, den ich aber nicht manumittirt haben würde, wenn mir nicht mein Gegner die gegenſeitige Manumiſſion meines natürlichen Sohns verſprochen hätte. Denn die einmal erfolgte Manumiſſion kann nicht revocirt werden [9]). Sollte aber nicht etwa davon abzurechnen ſeyn, daß ich doch einen Freygelaſſenen habe? Nein, dieß kommt hier nicht in Anſchlag, weil ſich das Patronatrecht nicht ſchätzen läßt [10]). Die Entſcheidung des **Paulus** lautet wörtlich folgendermaßen: Si ergo haec ſunt, ubi de faciendo ab utroque convenit, (ſc. ut *actio praeſcriptis verbis* locum

9) *L.* 4. *Cod. de dolo malo. L.* 5. §. 1. *D. de condict. cauſa data cauſa non ſecuta.*

10) CUJACIUS in Iul. Paulo ad h. L. Tom. II. *Operum* pag. 1075.

locum habeat) et in proposita quaestione idem dici potest: et necessario sequitur, *ut eius fiat condemnatio, quanti interest mea, servum habere, quem manumisi.* An deducendum erit, quod libertum habeo? Sed hoc non potest aestimari.

Aus dieſem Fragment des **Paulus** ergiebt ſich nun 1) ſoviel, daß die actio praescriptis verbis nicht aus allen unbenannten Contracten gegeben werde, ſondern nur aus ſolchen, welche mit benannten Contracten eine Aehnlichkeit haben [11]). So entſteht aus dem unbenannten Contract, der einem Kaufe gleicht, die actio praescriptis verbis proxima actioni emti; aus dem unbenannten Contract, der dem Miethcontract nahe kommt, die actio in factum proxima locati; aus dem unbenannten Contract, der einem Societäts-Contract ähnlich iſt, die actio in factum proxima actioni pro socio [12]); aus dem unbenannten Contract, der einem Mandat gleicht, die actio in factum proxima mandati; und aus dem Contract, welcher einem Commodat ähnlich iſt, die actio praescriptis verbis proxima commodati [13]). Aus ſolchen unbenannten Contracten hingegen, die an keinen benannten Contract gränzen, entſpringt die actio civilis praescriptis verbis nicht, ſondern hier wird entweder die actio de dolo [14]), oder die condictio ob rem dati

11) S. *Em.* MERILLIUS Observation. lib. VIII. cap. 15. MEISTER Diss. de in factum actionibus. §. 37.

12) *L.* 13. §. 1. *D. de praescr. verbis.*

13) *L.* 17. *D. eodem.*

14) *L.* 5. §. 3. *L.* 15. *D. eodem.*

dati [15]), oder die actio praetoria in factum [16]) geſtattet.

2) Es iſt höchſt wahrſcheinlich, daß man anfangs blos aus den mit einer datio rei beginnenden Geſchäften eine Civilklage zu geſtatten geneigt geweſen ſey [17]). Denn dieß iſt der weſentliche Charakter der Realcontracte, von denen die unbenannten Contracte eine Species ſind. Re enim non potest obligatio contrahi, *nisi quatenus datum sit*, ſagt **Paulus** *L.* 17. *pr. D. de pactis.* und es iſt merkwürdig, daß **Ulpian** gerade da, wo er von benannten und unbenannten Contracten handelt, nur die Contracte *do, ut des*, und *do, ut facias* anführt, und zwar als ſolche, woraus ein obligatio civilis entſpringt. Es iſt nämlich die *L.* 7. *pr. et* §. 1. *et* 2. *D. eodem*, wo es heißt: Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, (behalten den allgemeinen Namen Conventio nicht) sed transeunt in proprium nomen contractus, ut emtio,

15) *L. ult. D. de condict. causa data causa non sec.*

16) *L.* 7. §. 2. *D. de pact. L.* 1. *D. Si mensor falsum modum dixerit.*

17) Karl Reichhelm Verſuch eines Beweiſes, daß der Römer nur zwey Arten unbenannter Contracte kannte, do, ut des und do, ut facias. Halle 1800. EMMINGHAUS ad COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 6. not. b. Tom. II. p. 510. Thibaut Syſtem des Pand. Rechts 1. B. §. 164. a. E. Man vergleiche jedoch auch die Bibliothek kleiner juriſtiſcher Schriften, herausgegeben von Chr. Gotth. Hübner u. Carl Aug. Tittmann. 2. Band. Leipzig 1801. Nr. LXVIII. S. 285. ff.

tio, venditio, locatio, conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus. Sed et si in alium contractum res non transeat (wenn aber auch die Convention kein benannter Contract iſt) subsit tamen *causa* [18]: eleganter ARISTO *Celso* respondit, esse obligationem: utputa, *dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi, ut aliquid facias,* hoc *συνάλλαγμα* esse, et hinc nasci civilem obligationem. Der Unterſchied zwiſchen dare und facere iſt auch wirklich ſo auffallend, daß die Interpretation von dem Einem auf das Andere nicht füglich argumentiren konnte. Denn das dare ſchränkt ſich hier auf die Ueberlieferung einer Sache ein [19]. Da nun durch die Annahme des Gegebenen der Empfänger ſich zur Gegenleiſtung verpflichtet, ſo ergiebt ſich daraus die Nothwendigkeit einer datio rei zur Begründung einer obligatio civilis, quae re contrahitur. Dieß kann alſo nur der Fall ſeyn, bey den Contracten *do, ut des,* und *do, ut facias;* nicht aber bey einer Convention facio, ut des. Denn durch die Leiſtung eines Factum wird ja nichts auf den Andern übertragen, was dieſer empfangen, und wodurch von ſeiner Seite eine obligatio, quae re contrahitur, begründet werden konnte. Es

18) Von dieſer *Causa* contractuum habe ich ſchon bey einer andern Gelegenheit B. IV. §. 306. dieſes Commentars gehandelt.

19) Das Wort dare wird jedoch bey den Real-Contracten nicht durchaus in der engern Bedeutung genommen, wo es eine Uebertragung des Eigenthums ausdrückt. Man denke an das Commodatum, depositum, pignus; §. 2. 3. *et* 4. *I. Quib. mod. re contrahitur obligatio.* Ferner an den contractus aestimatorius. *L.* 1. *pr. D. de aestimatoria.*

Es konnte folglich auch keine actio civilis aus dieſem Geſchäft gegen denjenigen entſtehen, welcher, nach geſchehener Leiſtung des Factums, mit der verſprochenen Gegenleiſtung zurückblieb. Man konnte alſo das Geſchäft nur von der Seite als verbindlich anſehen, daß der Andere ſich eines Dolus ſchuldig mache, welcher ſich weigere, dasjenige zu geben, was er auf den Fall, daß ein gewiſſes Factum geleiſtet werden würde, welches nun auch wirklich geleiſtet worden iſt, zu geben verſprochen hatte. Dieſer Dolus konnte hier von ſeiner Seite um ſo mehr angenommen werden, da er wiſſen mußte, daß man ein Factum, wenn es einmal geleiſtet worden iſt, nicht ungeſchehen machen könne [20]), und daher nicht zu befürchten ſey, daß das Geſchäft vielleicht aus Reue wieder rückgängig gemacht werden dürfte. Hieraus erklärt ſich nun, wenn **Paulus** ſagt *L.* 5. §. 3. *D. h. t.* Quod *ſi faciam*, *ut des*, et poſteaquam feci, ceſſas dare; *nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur.* Ganz dieſem gemäß reſcribirten denn auch die Kaiſer **Diocletian** und **Maximian** in der *L.* 4. *Cod. de dolo malo.* Cum proponas, inter te, et eum, quem in contubernio ancillam tuam ſibi coniunxiſſe memoraſti, placuiſſe, *ut tibi pro eadem daret mancipium*: intelligis, quod ſi manumiſiſti, vel ei tradidiſti, et ille manumiſit, revocandae libertatis poteſtatem non habes, ſed ſolum, ſi necdum ſtatutum tempus exceſſerit, et fidem placiti rumpat, *deſiderare debes, de dolo tibi decerni actionem.* Daß hier von keinem contractus *do*, *ut des*, ſondern von einer con-

20) *L.* 12. §. 2. *D. de captivis.*

conventio *facio, ut des*, die Frage war, geht daraus klar hervor, weil das Geſchäft mit dem factum manumiſſionis begann. Denn die Verabredung ging dahin, daß der Herr ſeine Sklavin manumittiren wollte, um ſie mit demjenigen zu verheyrathen, welcher dem Herrn einen andern Sklaven dagegen zu geben verſprochen hatte. Ob ſie nun nachher der Herr ſelbſt freyließ, oder ſie dem Andern in der Abſicht übergab, um ſie freyzulaſſen, war gleichgültig, und änderte die Natur des Geſchäfts nicht, wie auch **Anton Faber**[21]) ganz richtig bemerkt hat. Uebrigens ward auch hier, da keine Revocation der Freyheit ſtatt fand, blos die actio doli gegen den Andern auf Leiſtung des Intereſſe geſtattet. Iſt jedoch das Factum ein ſolches, woraus dem Andern ein pecuniärer Vortheil erwächſt, wie z. B. die Entſagung einer angeſtellten Erbſchaftsklage gegen eine beſtimmte Abfindungs-Summe, wodurch der Beklagte von allen weiteren Anſprüchen des Klägers befreiet wird; oder findet ſich ſonſt bey der Conventio facio, ut des, eine Aehnlichkeit mit irgend einem andern benannten Contract, ſo hielt man die actio praeſcriptis verbis für unbedenklich, wie aus folgenden Geſetzſtellen erhellet.

*L.* 6. *Cod. de Transactionib.* Imp. ALEXANDER *A. Pomponiis.* Cum mota inofficioſi querela matrem veſtram cum diverſa parte tranſegiſſe, ita, *ut partem bonorum ſuſciperet, et a lite diſcederet,* proponatis: inſtaurari quidem ſemel omiſſam querelam per vos, qui matri heredes extitiſtis, iuris ratio non ſinit. Verum, ſi fides placitis praeſtita non

21) Rational. in Pand. ad h. L. Tom. III. pag. 592. ſq.

non est: in id, quod interest, diversam partem recte convenietis. Aut enim stipulatio conventioni subdita est, et ex stipulatu actio competit: aut, si omissa verborum obligatio est, *utilis actio, quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est.*

*L.* 15. *D. h. t.* ULPIANUS *lib. XLII. ad Sabinum.* Solent, qui noverunt servos fugitivos alicubi celari, indicare eos dominis, ubi celentur: quae res non facit eos fures. Solent etiam mercedes huius rei accipere, et sic indicare: nec videtur, illicitum esse hoc, quod datur. Quare qui accepit, quia ob causam accepit, nec improbam causam, non timet condictionem. Quodsi solutum quidem nihil est, sed pactio intercessit ob indicium, hoc est, *ut si indicasset, apprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur*, videamus, an possit agere? Et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat, ex pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquod: *ergo civilis actio oriri potest*, id est, *praescriptis verbis;* nisi si quis et in hac specie *de dolo actionem* competere dicat, *ubi dolus aliquis arguatur.*

Der Vertrag, ich verſpreche Dir eine gewiſſe Belohnung [22]), wenn Du mir den Aufenthaltsort meines entlaufenen Knechts anzeigen wirſt, war an ſich eine con-

ven-

22) Eine ſolche Belohnung für die Anzeige des Aufenthaltsorts eines entlaufenen Sclavens wird in den Geſetzen *indicium* genennt. *L.* 4. §. 4. *D. de condict. ob turpem vel iniust. causam.*

ventio nuda. Hatte aber der Andere mir den Ort wirklich angezeigt, ſo hatte nun eine Klage gegen mich Statt. Denn die Convention war in einen Contract übergegangen, welcher wohl zu keiner andern Form gehörte, als zu facio, ut des. Allein welche Klage findet hier Statt? Anton Faber[23]) verſteht den **Ulpian** ſo, daß auch in dieſem Falle nur die actio de dolo als zuläßig angenommen worden ſey. Denn **Ulpian** berichtige in den Worten: *nisi si quis et in hac specie de dolo actionem competere dicat*, mit der den Röm. Rechtsgelehrten eigenen Beſcheidenheit, die vorher blos als Zweifelsgrund aufgeſtellte Meinung, daß in dieſem Falle die actio civilis praescriptis verbis Statt finde. Es ſey allerdings ein nicht unerheblicher Zweifelsgrund vorhanden geweſen, weil doch nicht geläugnet werden könne, daß ein verbindliches Geſchäft zwiſchen dem Herrn des entlaufenen Sklaven, und dem Anzeiger deſſelben geſchloſſen worden ſey, ſo daß es daher allerdings das Anſehen gehabt habe, als ob auch eine actio civilis daraus entſtehen könne. Allein der Grund des **Ulpian**: *Et quidem conventio iſta non eſt nuda, ut quis dicat, actionem ex pacto non oriri etc.*, ſey nicht ſo zu verſtehen, als ſey hier wirklich ein *συνάλλαγμα*, d. h. ein Contract geſchloſſen worden, woraus die actio praescriptis verbis civilis nothwendig entſtehen müſſe. Nein; **Ulpian** habe hier nur überhaupt den Grund angeben wollen, warum das Geſchäft für keine conventio nuda gehalten werden könne. Daß jedoch dieſe ganze Erklärung irrig, und den Worten offenbar

23) Rational. in Pand. ad h. L. pag. 606.

bar zuwider ſey, hat ſchon **Ulrich Huber** [24]) gezeigt. Die Worte: *sed habet in se negotium aliquod, ergo civilis actio oriri potest, id est, praescriptis verbis,* ſagen ja deutlich genug, daß das Geſchäft ein unbenannter Contract ſey, woraus die actio civilis praescriptis verbis entſtehen könne; nur alsdann, ſagt **Ulpian**, finde, auch in dem gegenwärtigen Falle, die actio doli ſtatt, wenn von Seiten des Beklagten ein dolus erweislich ſey, weil nun jene allgemeine Klage der ſpeciellen weichen muß [25]). Warum, außer dieſem Falle, auch die actio civilis praescriptis verbis zuläßig ſey, läßt ſich daraus erklären, weil das Geſchäft, da ich Jemandem eine Belohnung verſprach, der den Aufenthaltsort meines entlaufenen Sklaven auskundſchaften würde, ſich einer Location näherte. Daher wird auch die Belohnung merces genennt. Für eine eigentliche Location aber konnte freylich das Geſchäft darum nicht gehalten werden, weil dazu erfordert wird, daß die Dienſte nicht nur für den Conductor Nutzen haben, ſondern auch entweder an ſeiner Perſon oder an ſeiner Sache geleiſtet werden müſſen [26]), welches aber hier der Fall nicht iſt.

*L. 22. D. eodem. tit.* CAIUS *lib.* 10. *ad Edictum provinciale.* Si tibi polienda sarciendave vestimenta dederim, si quidem gratis hanc operam te suscipiente, mandati est obligatio: si vero mercede data aut constituta, locationis conductionisque nego-

24) Eunomia Rom. ad L. 5. D. de praescr. verb. §. 3. pag. 720.

25) *L. 2. et 3. D. de praescr. verbis.*

26) S. den 17. Th. dieſes Commentars §. 1048. S. 315. f.

negotium geritur. *Quod si neque gratis hanc operam ſusceperis, neque protinus aut data aut conſtituta ſit merces, ſed eo animo negotium geſtum fuerit, ut poſtea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter nos ſtatutum ſit: placet, quaſi de novo negotio, in factum dandum eſſe iudicium, id eſt praeſcriptis verbis.*

Wenn ich Dir Kleider rein zu machen und auszubeſſern gegeben habe, ſo laſſen ſich drey Fälle gedenken. 1) Du haſt dieſe Bemühung unentgeldlich übernommen. Wer wird daran zweifeln, daß in dieſem Fall unter uns ein Mandat eingegangen worden ſey, und daß mir die actio mandati zuſtehe? 2) Es iſt Dir ein Lohn dafür gegeben oder verſprochen worden. Hier iſt es eben ſo gewiß, daß das Geſchäft eine Location ſey. 3) Du haſt dieſe Bemühung nicht umſonſt übernommen, es iſt aber doch bey Schließung des Geſchäfts (protinus) weder ein Lohn gegeben, noch verſprochen, ſondern nur ausgemacht worden, daß man über den Lohn nachher noch übereinkommen wolle. Unterdeſſen haſt Du mir meine Kleider aufs Beſte hergerichtet. Was iſt dieß nun für ein Geſchäft? und welche Klage wird hier Statt finden? Dieß war eigentlich die Hauptfrage in der ganzen Stelle. Es war allerdings zweifelhaft, ob es nicht auch eine Location ſey? Denn geſetzt, der Richter müßte auch am Ende den Lohn beſtimmen; iſt doch auch ein Kauf nicht minder gültig geſchloſſen, wenn auch ein Dritter nachher den Preiß beſtimmt[27]). Allein die Location erfordert weſentlich die Be-

27) *L. ult. Cod. de contr. emt.*

Beſtimmung eines gewiſſen Lohns, ſonſt kann ſie ſo wenig, als ein Kauf ohne einen beſtimmten Preis, beſtehen. Hieran fehlte es aber in dem gegenwärtigen Falle. Dennoch war ein verbindliches Geſchäft unter uns vorhanden, welches in eine Art von unbenannten Contract überging, und an ſich wohl kein anderes, als ein contractus facio ut des, woraus denn auch, wegen der Aehnlichkeit mit der Location, keine andere Klage entſtand, als die actio in factum praescriptis verbis[28]). Streitiger war jedoch

3) der Fall, wenn ich Dir einen Sklaven gegeben habe und zwar mit dem Beding, daß Du deinen Sklaven dagegen freylaſſen ſollſt. Du haſt auch deinen Sklaven wirklich freygelaſſen, allein der Sklave, den ich Dir gegeben habe, wird Dir evincirt. Es iſt ſchon oben bemerkt worden, daß Paulus einen Unterſchied macht, ob ich wiſſentlich einen fremden Sklaven gegeben habe, oder unwiſſend. In dem erſten Falle habe die actio doli, in dem andern Falle aber die actio in factum civilis, und alſo praescriptis verbis gegen mich ſtatt. Paulus beruft ſich hier auf Julian. Vergleicht man aber hiermit ein anderes Fragment, nämlich die Stelle Ulpians *L.* 7. §. 2. *D. de pactis*, wo auch derſelbe Julian in demſelben Falle angeführt wird, ſo entſteht hier eine faſt unüberwindliche Schwierigkeit. Ulpian ſagt nämlich: Et ideo puto, recte *Iulianum* a *Mauriciano* reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus: *Iulianus* scribit in factum actionem a Praetore dandam: ille ait, civilem incerti actionem, id est, praescriptis verbis,

28) S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L.

bis, ſufficere: eſſe enim contractum, quod *Ariſto* *συνάλλαγμα* dicit, unde haec naſcitur actio. **Maurician** tadelt hier den **Julian**, daß er behauptet habe, man müſſe ſich in dieſem Falle die actio in factum von Prätor geben laſſen. **Maurician** ſagte, eine actio praetoria ſey nicht nöthig, da die actio civilis incerti s. praeſcriptis verbis genüge, und **Ulpian** ſtimmt mit in dieſen Tadel ein. Allein nach **Paulus** war ja **Julian** der nämlichen Meinung. Sollten alſo etwa **Maurician** und **Ulpian** den **Julian** unrichtig verſtanden, und ihn mit Unrecht getadelt, oder vielleicht **Paulus** **Julians** Meinung unrichtig vorgetragen haben? Mehrere Ausleger[29]) haben dieſes freylich zu behaupten geſucht. Allein es iſt ſchwer, ſich hiervon zu überzeugen. In der *L.* 7. §. 2. *D. de pactis* kommt zwar die Diſtinction nicht vor, welche **Paulus** macht. Es iſt aber auch wohl gewiß darüber kein Streit geweſen, daß die actio doli in dem Falle Statt finde, wenn ein offenbarer Betrug vorhanden iſt, oder wie **Paulus** ſagt, ſi ſervum, qui evictus eſt, *ſciens* dedi. Dieß haben auch ſchon **Jac. Cujaz**[30]), **Ulrich Huber**[31]), und **Joſ. Fernandez De Retes**[32]),

G 2 ſehr

29) Man vergleiche *Lud.* CHARONDAS Πειθανῶν S. Veriſimil. Lib. II. c. 7. *Eguinar.* BARO ad L. 7. §. 1. D. de pactis. und Reichhelm in dem Not. 17. S. 90. angef. Verſuche eines Beweiſes §. 5. S. 29.

30) *Iul.* PAULUS ad L. 5. §. 2. D. de praeſcript. verb. *Operum* T. II. p. 1070.

31) Eunomia Rom. ad L. 5. §. 2. et 3. D. de praeſcript. verb. §. 4. pag. 721.

32) Opuſcul. Lib. II. Sect. I. cap. 10. nr. 5. (*Theſ. Meerman.* T. VI. pag. 111.)

ſehr richtig bemerkt. Denn wenn gleich in der Regel die actio doli, als eine actio famosa, nicht Statt findet, wenn eine andere actio civilis oder honoraria zu Gebote ſteht [33]); ſo iſt doch die actio civilis incerti, praescriptis verbis, nicht hieher zu rechnen, weil, wenn offenbarer dolus, als der Grund der ſpeciellen actio doli, vorhanden iſt, die generalis actio praescriptis verbis nach *L. 2. D. de praescr. verb.* wegfallen, und die actio specialis doli derſelben vorgezogen werden muß [34]). Der Streit kann alſo nur die Frage betroffen haben, was für eine Klage Statt finde, wenn derjenige, welcher den evincirten Sklaven gab, in bona fide iſt, oder, wie **Paulus** ſagt, si *ignorans* dedi servum? Nach dem Fr. 7. §. 2. D. de pactis waren hierüber **Julian** und **Maurician** ganz verſchiedener Meinung. **Julian** behauptete nämlich, in factum actionem a Praetore dandam. Daß **Julian** wohl nicht die actio in factum civilis gemeint haben könne, welche mit der actio praescriptis verbis gleichbedeutend iſt, läßt ſich mit Grund nicht bezweifeln. Denn dieſe Klage war es ja, welche **Maurician** für hinreichend, und daher jene prätoriſche, ohnehin nur ſubſidiariſche, Klage für unnöthig hielt. Wie hätte alſo **Maurician** deshalb den **Julian** tadeln, und **Ulpian** in dieſen Tadel einſtimmen können? Für **Julians** Meinung ſtritten auch gewiß nicht unbedeutende Gründe. Denn die actio in factum praescriptis verbis ſteht demjenigen zu, welcher in einem unbenannten Contract etwas geleiſtet hat,

33) *L. 1. §. 4. D. de dolo malo.*

34) S. die Bibliothek kleiner juriſt. Schriften von Hübner und Tittmann 2. B. Nr. LXVIII. S. 292.

hat, wenn der Andere unterläßt, den Contract ſeiner Seits zu erfüllen. In dem gegebenen Falle hatten aber beyde Theile den Contract erfüllt. Die Frage war alſo nur, was demjenigen, welcher ſeiner Seits den Sklaven manumittirt hatte, für eine Klage zuſtehe, daß ihm ein anderer Sklave gegeben werde? Da nun der evincirte Sklave ſo gut als nicht gegeben, mithin der Contract von dieſer Seite als nicht erfüllt anzuſehen war [35]; ſo erhielt das geſchloſſene Geſchäft, wie auch **Noodt** [36]) wirklich behauptet, gleichſam das Anſehen eines Contractus facio ut des, aus welchem, wie **Paulus** ſagt, keine civilis actio gegeben wird, wenn das Geſchäft, wie hier, mit keinem der benannten Contracte eine Aehnlichkeit hat. Was blieb nun alſo, da hier wegen der Unwiſſenheit desjenigen, welcher den Sklaven gegeben hatte, daß er ein fremder Sklave ſey, kein Dolus vorhanden war, für eine andere Klage übrig, als die ſubſidiariſche actio in factum praetoria? Dennoch tadelte **Maurician** den **Julian** wegen dieſer Anſicht mit Recht. Er geht von dem ganz richtigen Grundſatz aus. Es war hier ein Contract, oder, wie **Ariſto** ſagt, ein *συνάλλαγμα* vorhanden, aus dem die actio praescriptis verbis entſteht. Unſtreitig war aber dieſes Geſchäft ein contractus do ut facias, wofür es auch **Paulus** hält *L. 5. §. 2. D. de praescript. verbis.* Daß der Sklave nachher war evincirt worden, änderte die Natur des Contracts nicht, weil alle Contracte, beſonders aber unbenannte, nach ihrem Anfange, wie ſie eingegangen worden ſind, und nicht nach ihrer Erfüllung beurtheilt werden.

35) *L. 167. pr. D. de div. reg. iuris.*

36) De pactis et transact. Cap. IX. *Oper.* Tom. I. pag. 506.

werden. Oder glaubte etwa **Julian** nicht, daß aus dem contractus do ut facias ein bürgerliches Geſchäft auf Seiten des facientis, ſondern nur auf Seiten des dantis, entſtehe, ſo hatte er, wie **Anton Faber** [37]) bemerkt, auch hierin Unrecht. Allein nach dem, was **Paulus** ſagt, war ja **Julian** mit **Maurician** vollkommen einverſtanden. Sed si dedi tibi servum, *ut servum tuum manumitteres;* et manumisisti, et is, quem dedi evictus est: si sciens dedi, *de dolo* in me dandam *actionem* IULIANUS scribit; si ignorans, *in factum civilem.* Hierin liegt eben die faſt unüberwindliche Schwierigkeit, welche die Ausleger hier gefunden haben. Die Rechtsgelehrten theilen ſich hier in zwey Partheyen. Einige [38]) halten das Wort *civilem* für eine Interpolation des **Tribonian**, welcher dieſes Wort hinzugefügt habe, um die Meinung des **Julian** mit der des **Maurician** zu vereinigen. Andere haben der Schwierigkeit ohne eine ſolche Interpolation abzuhelfen geſucht, und dieſe ſind wieder auf mancherley zum Theil ſcharfſinnige Vermuthungen gerathen, von denen ich

37) Rational. in Pand. ad L. 5. §. 2. D. de praescript. verb. pag. 591.

38) *Franc.* DUARENUS Comm. ad L. 7. §. 2. D. de pactis (*Operum* pag. 53.) *Anton.* GOVEANUS Variar. Lection. Lib. II. cap. 27. *Ulr.* HUBER Eunomia Rom. ad L. 5. §. 2. et 3. D. de praescript. verb. pag. 719. *Fr.* HOTOMANUS de praescript. verb. Cap. 2. nr. 17. *Ant.* FABER Rational. in Pand. c. l. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LXXIV. Th. 5. *Chr. Fr. Ge.* MEISTER Diss. de in factum actionibus. §. 37. (*Opuscul.* pag. 393.) EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civile controvers. L. XIX. Tit. 5. Qu. 6. not. b. pag. 511.

ich nur einige anführen will. **Lud. Charondas**[39]) meint, **Ulpian** und **Paulus** hätten aus verſchiedenen Schriften des **Julian** geſchöpft. **Julian**, der mehrere Bücher über das Civilrecht geſchrieben, habe nämlich die gegenwärtige Frage an mehreren Orten abgehandelt. An dem einen habe er nur im allgemeinen geſagt: actionem in factum a Praetore dandam; dieß habe **Maurician** getadelt, weil er ihn ſo verſtanden, als habe er die actio in factum praetoria gemeint. Dieſe Schrift des **Julian** mit der Note des **Maurician** habe **Ulpian** vor Augen gehabt. An einem andern Orte aber habe ſich **Julian** über ſeine Meinung näher erklärt, und hier ſey ihm **Paulus** gefolgt, welcher, wie der Index Pandectarum lehrt, ſelbſt den **Julian** mit Anmerkungen erläutert habe. Dieſer Conjectur giebt auch **Johann Carl van Wachendorf**[40]) Beyfall. **Gerhard Noodt**[41]) hingegen glaubt, **Julian** ſey wirklich der Meinung geweſen, daß die actio in factum civilis in dem Falle ſtatt finde, wo kein Dolus vorhanden iſt. Deswegen ſey auch **Julian** von **Maurician** nicht getadelt worden, ſondern deſſen Tadel beſtehe darin, daß **Julian** behauptet habe, der Prätor müſſe nach Beſchaffenheit der Sache bald die actio doli, bald die actio civilis in factum geben, wie **Paulus** näher angegeben habe. Die Worte des **Julian**: *in factum actionem a Praetore dandam*, müßten alſo nicht ſchlechterdings von

39) Πειθανων S. Verisimil. Lib. II. cap. 7. (in *Thes.* Otton Tom. I. pag. 745.)

40) Diss. de pactis nudis. (in EIUSD. *Dissertation. Triad.* Traj. ad Rhen. 1730. 8. p. 502. sqq.)

41) De pactis et transact. Cap. IX.

von der actio in factum praetoria verſtanden werden, ſondern *in factum* heiße hier ſoviel als ex facto, oder in facto, oder ex facti specie, sive pro re nata. Nach dieſer Anſicht hätte alſo **Paulus** die Meinnng **Julians** nur hiſtoriſch angeführt, ohne ſie zu der ſeinigen zu machen. Eben dieſes meint auch **Voet**[42]). Allein wer wird glauben, daß **Paulus** an einem Orte, wo er ſelbſt entſcheiden wollte, die Meinung eines andern Rechtsgelehrten nur hiſtoriſch habe anführen wollen? Es iſt vielmehr, wie ſchon **Ulrich Huber**[43]) bemerkt, eine bekannte Maxime der Römiſchen Rechtsgelehrten, daß ſie die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten, welche ſie anführen, ohne dieſelbe zu verwerfen, billigen. Eine ganz andere Anſicht hat **Wilhelm Schmuck**[44]). **Julian**, ſagt er, war der Meinung, daß die actio praescriptis verbis aus einem unbenannten Contract nur, *re adhuc integra*, gegeben werde, und auf Erfüllung deſſelben gehe, wenn der Kläger ſeiner Seits der Convention ein Genüge geleiſtet hat. Allein iſt res nicht mehr integra, d. h. wenn nicht mehr auf die Erfüllung des Contracts geklagt werden kann, wie nun in dem gegenwärtigen Falle, wo der von dem einen gegebene Sklave, um deſſen willen der Andere den ſeinigen manumittirt hatte, war evincirt worden; ſo falle die actio praescriptis verbis weg. Hier müſſe alſo eine actio extra-

42) Commentar. ad Pand. Lib. XIX. Tit. 5. §. 4.

43) Eunomia Rom. ad L. 5. §. 2. D. de praescript. verbis §. 4. pag. 721.

44) Ad *Iac.* LABITTI Usum Indicis Pandectarum Cap. V. §. 23. Not. g. bey *Abr.* WIELING in *Iurisprud. Restituta.* Part. poster. pag. 103.

traordinaria in factum eintreten, dieſe ſey die actio de dolo contra scientem, und die actio simplex in factum contra ignorantem, welche Julian darum actio *civilis* genannt habe, weil dieſe nicht auf die Beſtrafung des Dolus, wie jene, ſondern nur auf das Intereſſe gehe. Vor allen dieſen zeichnet ſich die ſcharfſinnige Interpretation des Joſeph Fernandez de Retes[45]) aus. Er ſagt, der Fall, in welchem Maurician den Julian getadelt habe, ſey ein ganz anderer, und von dem ganz verſchieden, in welchem Paulus ſeiner Meinung folgte. Es ſeyen nämlich drey Fälle, welche Julian erörtert habe. Der erſte iſt, wenn ich wiſſentlich einen fremden Sklaven gab. Dieſen Fall habe Julian ſo entſchieden, daß die actio de dolo Statt finde. Dieß habe auch ſo wenig Maurician, als Ulpian gemißbilliget. Der zweyte Fall iſt, wenn ich unwiſſend einen fremden Sklaven gegeben habe. Vergleicht man hier beyde Texte, ſo ſtellten ſich wiederum zwey Fälle dar, welche ſehr fein unterſchieden werden. Erſtens, es war nur überhaupt verabredet, daß ich Dir einen meiner Sklaven geben wolle, ohne gerade einen zu nennen; ich gab Dir alſo den Stichus, für welchen ich Dir auch einen andern hätte geben können. Iſt dieſer nun evincirt worden, ſo habe gegen mich die actio in factum civilis, id est, praescriptis verbis Statt. Dieſen Fall berühre Paulus, und billige die Meinung Julians. Dieſe habe aber auch Maurician nicht verworfen, denn von dieſem Falle ſey keine Rede geweſen. Zweytens, es war ausdrücklich verabredet worden, daß ich Dir

45) Opusculor. Lib. II. Sect. I. Cap. 10. nr. 13. (in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 112.)

Dir den Sklaven Stichus geben ſolle, und keinen andern. Ich habe Dir auch denſelben Sklaven Stichus übergeben, und nun wird Dir dieſer evincirt. Hier glaubte **Julian**, es entſtehe aus dieſem Geſchäft keine Civilklage, ſondern Du müſſeſt Dir vom Prätor die actio in factum geben laſſen. Dieß war nun der Fall, in welchem **Maurician** anderer Meinung war, und wo er auch, wie in dem vorigen, die actio in factum civilis für zuläßig hielt. **Ulpian** ſtimmte ihm hierin bey, und verwarf dieſen ſubtilen Unterſchied. Der Grund, welcher den **Julian** zu dieſer Subtilität beſtimmt habe, ſcheine folgender zu ſeyn.

Wenn ich Dir nämlich nur überhaupt einen von meinen Sklaven zu geben verſprochen habe, ſo ſchien ich zu dem, welchen ich Dir gab, keine beſondere Affection zu haben. Hätte ich wiſſen können, daß er Dir evincirt werden würde, ſo hätte ich Dir einen andern Sklaven gegeben. Wenn aber verabredet worden iſt, daß ich Dir den Sklaven Stichus geben wolle, und ich habe Dir auch dieſen Sklaven für die Manumiſſion deines Sklavens gegeben, ſo hatte ich nicht die Abſicht, auf den Fall der Eviction, einen andern zu geben, und folglich auch nicht die Abſicht, auf dieſen Fall zu contrahiren. Denn vielleicht war gerade der Stichus ein Herumſtreicher, und fauler Kerl, mit dem ich keinen meiner übrigen Sklaven vertauſcht haben möchte. **Julian** glaubte alſo, es fehle hier an einem *συνάλλαγμα*, daher müſſe man zu einer actio praetoria ſeine Zuflucht nehmen. Dem **Maurician** hingegen wollte dieſe Subtilität darum nicht einleuchten, weil derjenige, welcher einen Sklaven unter der Bedingung giebt, daß ein anderer Sklave dagegen manumittirt werde, auch vermöge einer ganz natürlichen Folge will, daß der Eigenthümer den

Werth

Werth ſeines Sklavens nicht verliere. Doch vielleicht hätte die Erklärung eines **Jacob Cujaz**[46]) den erſten Platz verdient, welche ich noch zuletzt mit ſeinen eigenen Worten hier anführen will. Quod ergo PAULUS refert in §. *Sed si dedi*, partim est ex *Iuliano*, in scientem scilicet dari actionem de dolo, partim *ex nota Mauriciani ad Iulianum*, nempe in ignorantem esse actionem in factum civilem, id est praescriptis verbis, non ut *Iulianus* putabat, in factum praetoriam. Et hoc est certissimum. Auch **Samuel von Cocceji**[47]) iſt der Meinung, **Paulus** habe ſich nur bey dem Falle der actio doli auf **Julians** Auctorität berufen; die letzteren Worte: *si ignorans, in factum civilem*, ſeyen nicht Worte des **Julian**, ſondern des **Paulus**, Warum ſollte man denn aber nicht annehmen können, **Paulus** habe hier die von **Maurician** berichtigte Meinung des **Julian** vorgetragen, und dieſe in dem angeführten Falle zu der ſeinigen gemacht, wenn man nicht gar mit **Arnold Vinnius**[48]) alle Vereinigung zwiſchen **Ulpian** und **Paulus** für unmöglich halten will?

## §. 1070.

### Contractus suffragii. Permutatio.

Zu den ungenannten Contracten rechnet man noch insonderheit den *contractus suffragii*, vermöge welchen

46) Julius Paulus ad L. 5. §. 2. D. de praescr. verb. *Operum* Tom. II. pag. 1070.

47) Iur. civ. controv. Lib. XIX. Tit. 5. Qu. 6. Verb. *Insto* etc. T. II. pag. 509.

48) Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 46. in fin.

welchen ich Jemanden etwas mit der Bedingung gebe oder verſpreche, daß er ſich für mich bey dem Regenten verwende, und ihm meine Angelegenheit empfehle [49]). Merkwürdig iſt die darüber vorhandene Verordnung des Kaiſers Theodos des Großen, welche in dem Juſtinianeiſchen Codex lib. IV. Tit. 3. befindlich iſt. Dieſe *L. un. C. de Suffragio* lautet daſelbſt folgendermaßen:

Imppp. THEOD. ARCAD. *et* HONOR. AAA. *Rufino* P. P. Si qui desideria sua explicare cupientes, ferri sibi a quoquam *suffragium* postulaverint, et *ob referendam vicem* se sponsione constrinxerint: promissa restituant, cum ea, quae optaverint, consequantur: si artibus moras nectant, ad solutionem debiti coarctandi sunt. §. 1. Et si quid eo nomine in auro vel argento, vel ceteris rebus mobilibus datum fuerit: traditio sola sufficiet, et contractus habebit firmitatem: quoniam collatio rei mobilis inita, integra fide ac ratione cumulatur. §. 2. Quod si praedia rustica, vel urbana placitum continebit: scriptura, quae ea in alium transferat, emittatur: sequatur et traditio corporalis, et rem fuisse completam gesta testentur:

49) *Io. Ott.* TABOR Exposit. paratitlar. L. un. C. de suffragio, in qua praecipue agitur de suffragatorum opera et remuneratione; (in EIUS *Tractat. synoptic. trib. Argentorati* 1646. 8.) pag. 107. sqq. *Iac.* GOTHOFREDUS Commentar. ad Codicem Theodos. Lib. II. Tit. 29. Const. 2. Si certum petatur de suffragiis Tom. I. pag. 255. sqq. edit. *Ritter.* und *Io. Benj.* REISIG Diss. de contractu suffragii. *Goett.* 1737.

tur: aliter enim ad novum dominum transire non poſſunt, neque de vetere iure discedere. §. 3. Quodsi quis, dum solo commonitorio ſuffragio [50]) nititur, bona duxerit occupanda: reus temeritatis ac violentiae retinebitur, ac in statum pristinum poſſeſſio reducetur, eo a petitione excluso, qui non dubitavit invadere, quod petere debuiſſet.

Unrichtig haben die Gloſſatoren dieſe Conſtitution von den Salarien und Belohnungen der Advocaten verſtanden, deren Meinung aber von allen ſpätern Auslegern mit Recht verworfen, und inſonderheit von Godefroi ausführlich widerlegt worden iſt. Sie ſpricht vielmehr von denjenigen, welche, um etwas bey dem Regenten zu erlangen und auszuwirken, Jemanden, der bey dem Regenten in Gunſt und Anſehen ſteht, um ſein Vorwort und die Unterſtützung ihrer Angelegenheit bitten, und ſich demſelben in dieſer Rückſicht zu einer gegenſeitigen Vergeltung (ad referendam vicem) verpflichten. Man nennt den zu dieſem Zweck geſchloſſenen Contract Suffragium, obwohl das Wort *ſuffragium* eigentlich ſoviel, als Verwendung, Fürſprache, Empfehlung, Vertretung bedeutet, und auch wohl für die Vergeltung oder Belohnung ſelbſt, welche dem Fürſprecher gegeben oder verſprochen wird, hin und wieder genommen zu werden pflegt [51]). Ein ſolcher Ver-

50) In dem Theodoſianiſchen Codex L. II. Tit. 29. Const. 2. heißt es richtiger: cum solo commonitorio *de ſuffragio* nititur. Die Richtigkeit dieſer Leſeart wird ſich nachher aus der richtigen Beſtimmung des Sinnes dieſer Worte ergeben.

51) *Iac.* GOTHOFREDUS c. l. pag. 252. ſagt: *Suffragium* est non modo auxilium, intercessio, commendatio, verum et

Vertrag wird nun hier für gültig und klagbar erklärt, doch ſoll nur dann eine Verbindlichkeit zur Bezahlung der verſprochenen Belohnung Statt finden, wenn durch die Verwendung des Empfehlers bey dem Regenten ein den Wünſchen des Promittenten entſprechender Erfolg ausgewirkt worden iſt; wie die Worte *cum ea, quae optaverint, consequantur*, anzeigen. Dieſe Convention wäre dann ein contractus facio ut des, ſo wie, wenn die Belohnung ſchon vorausgegeben worden, dieſelbe ein contractus do ut facias ſeyn würde. Man nennt hier die Klage actio ex suffragio, inſofern das Geſuch derſelben auf Leiſtung des Verſprochenen geht [52]). Jedoch kann auch das Gegebene mit der condictio causa data, causa non secuta zurückgefordert werden, wenn der Empfänger der Bedingung des Contracts kein Genüge geleiſtet hat; es müßte denn etwa verabredet worden ſeyn, daß dem Suffragator das ihm Gegebene für ſeine Mühe verbleiben ſolle, wenn auch der Erfolg den Wünſchen des Gebenden nicht entſprechen würde [53]). Wird die Belohnung nicht gleich bey Schließung des Vertrags gegeben, ſondern blos verſprochen, wenn der Andere die Erfüllung des Ver-

et praemium seu remuneratio, seu id, quod suffragii nomine datur suffragatori, aut promittitur. *L. 7. pr. Cod. de advocat. div. iudicum. L. 1. C. de offic. magist. offic. L. 2. Cod. Ut lite pend. Nov. 8. Guid.* PANCIROLI Thesaur. Variar. Lection. Lib. I. cap. 77. und FABER cit. Tract. Pericop. 2. §. 11. p. 137.

52) S. Schmidt pract. Lehrbuch von Klagen und Einreden. §. 1064. ff.

53) S. *Iac.* GOTHOFREDUS cit. Comm. ad Cod. Theodos. c. l. T. I. pag. 257.

Verlangens des Promittenten bey dem Regenten ausgewirkt haben wird, ſo kann dieſe Convention entweder ſchriftlich, oder durch ein mündliches Verſprechen eingegangen werden. In dem erſten Falle wird der ſchriftliche Aufſatz, wodurch Jemand um ſeine Fürſprache bey dem Landesherrn zur Auswirkung der Erfüllung eines Verlangens gebeten, und ihm dafür eine Vergeltung verſprochen wird, in dem Geſetz *commonitorium*[54]) *de ſuffragio* genennt. Merkwürdig iſt übrigens der Unterſchied, der hier zwiſchen beweglichen und unbeweglichen Sachen in Abſicht auf die Uebertragung des Eigenthums gemacht wird. In Anſehung der erſtern ſoll die bloße Uebergabe genügen. In Anſehung der letztern aber wird dreyerley erfordert, wenn das Eigenthum daran von dem Suffragator erworben werden ſoll. 1) Der Contract muß ſchriftlich errichtet; 2) das Grundſtück hierauf wirklich übergeben; und 3) über die Vollziehung des Geſchäfts ein gerichtliches Protocoll aufgenommen werden. Unerlaubt iſt jedoch das Suffragium, wenn es dazu dienen ſoll, ein obrigkeitliches Amt zu erſchleichen[55]). Auch darf ſich Niemand für ſein Vorwort etwas bezahlen laſſen,

54) *Iac.* GOTHOFREDUS c. l. p. 258. ſagt: *Commonitorium de ſuffragio* est scriptura clientis, qua quis ſuffragium suscipere rogatur, eidemque pro labore, ſuffragio, ad referendam vicem, si ea, quae optaverit, consequatur, aliquid promittebatur. Im Allgemeinen iſt *Commonitorium*, wie Godefroi ſagt: libellus, quo velut memoriali et monitorio negotium aliquod committebatur. Man ſehe auch BRISSONIUS de Verb. Signif. h. voc.

55) *Nov.* 108. *cap.* 1. *et Nov.* 161.

ſen, der ſchon von Amtswegen zur Unterſtützung einer Sache verbunden war [56]).

Auch die *Permutatio* wird gewöhnlich zu den ungenannten Contracten, und zwar nach Hellfeld zu den irregulären gezählt. Allein ſie iſt es nicht immer. Ueberhaupt ſind unſere Rechtsgelehrten über den Begriff derſelben noch gar nicht einig. Einige [57]) halten die Permutatio für den contractus innominatus do ut des, und berufen ſich auf das Zeugniß des Paulus *L. 5. §. 1. D. de praescriptis verbis.* Andere [58]) ſagen, die *Permutatio* ſey in mehr als einer Rückſicht von dem contractus do ut des unterſchieden. Vorzüglich hat ſich Anton Faber [59]) bemüht, dieſen Unterſchied auseinander zu ſetzen. Nescio, ſagt er, an quisquam adhuc dixerit, quod mihi videtur, in eo differre *permutationem* a *contractu do ut des,* quod *permutatio* non est, priusquam res, quae permutantur, vicissim dentur. At contractus *do ut*

56) S. Weber ſyſt. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 67. Not. 6. S. 243.

57) *Io.* CORASIUS Miscellaneor. iuris civ. Lib. II. cap. 15. *Ios. Fernand. de* RETES Opusculor. Lib. II. Sect. I. Cap. II. n. 9. et 10. (*Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 93.) *Io.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 1. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu 9. und *Car. Frid.* WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. III. Membr. IV. Cap. V. §. 3.

58) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 18. *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 1. Höpfner Commentar über die Heinecc. Inſtitut. §. 802. S. 871.

59) Conjecturar. iur. civ. Lib. VI. cap. 9. pag. 148.

*ut des* fit ex eo ſolo, quod ego tibi do ea lege, ut vicissim mihi des. Itaque quamvis non dederis, attamen accepisse te sufficit, ut ex contractu tamquam perfecto sis obligatus, ut proinde mirum non sit, teneri te in id, quod mea interest, si ex parte tua dare nolis. Praesertim cum rem ipsam dare praecise cogi non possis: quia in id non sis obligatus. At ex contractu *permutationis* fieri non potest, ut obligeris, priusquam permutatio facta sit: neque rursus, ut permutatio facta videatur, antequam res utrimque tradita fuerit. Sed quoniam qui primus tradidit, rei suae dominium in accipientem transtulit, condictioni locum esse necesse est, ut, quod datum fuit, repetatur. Quam ob causam traditio, quae ex una tantum parte facta est, obligationi initium praebere dicitur, non quod agi in id possit, ut vicissim res detur, vel ut quod interest, praestetur, sed quod obligatus esse incipiat is, qui accepit, ut quod sibi datum est, restituat, nisi permutationem implere velit. Contractus igitur *do ut des* non permutatio est, sed principium permutationis, quae tum demum perficietur, cum, postquam ego dedero, tu vicissim dederis. Denique permutatio non est, cum do ut des, sed cum do, quia tu dedisti. Uterque quidem contractus innominatus, sed ille traditionem ab altero ex contrahentibus faciendam: *permutatio* ab utroque factam demonstrat. In contractu *do ut des* negotium contrahitur inter dantem et accipientem. Neque enim potest quis dare, ut sibi detur, quin is, qui accepit, accipiat ea lege, ut det vicissim.

*Permutatio* autem non requirit, datum eſſe ab uno, ut ab altero daretur: ſed ſi permutationis placitum praeceſſerit, deinde alter ex contrahentibus dederit pure, hoc eſt, nulla dationi lege adiecta, permutatio erit, ſi quod ab eo, qui accepit, dari convenit, poſtea detur. — Denique *permutatio* non fit ſine praecedente pacto permutandi, ut dignoſci poſſit, an ea contrahentium voluntas fuerit, ut permutationem potius, quam aliud negotium contraherent. At contractus *do ut des* praecedentem conventionem nullam deſiderat. Satis enim, quid agatur, demonſtrat is, qui dicit ſe rem dare, ut rem accipiat: et qui accipit ea lege, id ipſum velle ſe, ſi non verbis, certe facto teſtatur. Hinc vero fit, ut quamvis ex utroque contractu *permutationis* et *do ut des*, ſicut ex caeteris innominatis, naſcatur *actio praeſcriptis verbis*: ea tamen, quae ex *permutatione* oritur, bonae fidei ſit, illa vero, quae ex contractu *do ut des*, ſicut caeterae omnes, praeter aeſtimatoriam, ſit ſtricti iuris [60]).

Der Streit iſt leicht zu heben, man unterſcheide nur die verſchiedenen Bedeutungen des Ausdrucks *permutatio*. Der Tauſch beginnt, wie Faber ganz richtig lehrte, mit dem gegenſeitig acceptirten Verſprechen, für eine Sache eine andere geben zu wollen. Dieſes iſt ein ſimpler Vertrag, welchen die Geſetze [61]) mit dem Ausdruck placitum permutationis bezeichnen, und der nach dem Römiſchen Recht noch keine bürgerliche Verbindlichkeit erzeugt, wenn er nicht

60) §. 28. *I. de actionib.* *L.* 2. *Cod. de rerum permutat.* *L.* 2. *D. eodem.*

61) *L.* 3. *et* 4. *Cod.* (*IV.* 64.) *de rerum permutat.*

nicht in eine Stipulation eingekleidet worden. Ex placito permutationis, ſo reſcribiren die Kaiſer **Diocletian** und **Maximian** *L.* 3. *Cod. h. t.* nulla re secuta, constat, nemini actionem competere: nisi stipulatio subiecta ex verborum obligatione quaesierit partibus actionem. Nach dem heutigen Rechte würde dieſer Vertrag klagbar ſeyn, und ein **Tauſchcontract** genennt werden können[62]. Schon **Paulus** ſagt ja *L* 1. § 2. *D. h. t.* PERMUTATIO ex re tradita initium obligationi praebet. Hat alſo einer der Contrahenten dem Andern gegeben, was er ihm verſprochen hatte, um von dem Andern das gegenſeitig Verſprochene zu erhalten, ſo iſt nun zwar, wie **Ulpian**[63]) lehrt, ein *συνάλλαγμα*, das heißt ein Contract vorhanden, wodurch eine obligatio civilis begründet wird. Allein ſo lange der Andere noch nicht das Gegenverſprechen erfüllet hat, iſt das Geſchäft nach dem röm. Civilrecht kein anderes, als der contractus innominatus *do, ut des.* Dieſer Contract wird zwar auch *Permutatio* genennt. Sin autem *rem do, ut rem accipiam*: quia non placet PERMUTATIONEM RERUM emtionen esse; ſagt **Paulus**[64]), dubium



62) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandectar. h. t. §. 3 — 6. iſt zwar anderer Meinung. Allein bringt heutzutage der bloße Vertrag die nämliche Wirkung hervor, welche einſt die Stipulation bey den Römern hatte; ſo kann doch wohl das placitum permutationis keine Ausnahme machen. S. Ludw. Fried. Grieſinger von der Verbindlichkeit der Verträge (Tübingen 1793.) 2. Buch §. 26. S. 126. f. und §. 28. S. 137. f. Juſt. Claproth Rechtswiſſenſchaft von richtiger und vorſichtiger Eingebung der Verträge und Contracte. 2. Th. §. 330. und Weber zu Höpfners Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen §. 802. Not. 6. S. 872.

63) *L. 7. §. 2. D. de pactis.*

64) *L. 5. §. 1. D. de praescr. verbis.*

bium non est, nasci civilem obligationem. Allein eine *Permutatio* im eigentlichen Sinn des Worts iſt es nicht. Der Contract heißt *Permutatio* in dem Sinn, wie auch der Ausdruck *donatio* im uneigentlichen Verſtande das Schenkungsverſprechen andeutet. Wenn aber beyde Contrahenten, welche mit einander übereingekommen waren, Sache um Sache zu geben, dieſen Vertrag durch gegenſeitige Auswechſelung und wirkliche Weggebung der einander verſprochenen Sachen vollzogen haben, ſo iſt dieſes eine *permutatio* oder Austauſchung im eigentlichen Sinn, ſo wie ſie urſprünglich vor Einführung des Geldes nach der Vorſtellung des **Paulus** die Stelle des jüngern Kaufcontracts vertrat. So heißt denn alſo die Vollziehung des contractus innominati *rem do, ut rem accipiam*, gerade eben ſo *Permutatio*, als wie das wirkliche Weggeben einer Sache in der Abſicht, dem Andern das Eigenthum daran unentgeldlich zu überlaſſen, eine Schenkung, *donatio* im eigentlichen Sinn, genennet wird [65]). In dieſer Bedeutung erklärt nun auch **Briſſon** [66]) das Wort *permutare* ganz richtig, wenn er ſagt: Permutare dicuntur, qui res, quarum domini sunt, invicem mutant, ultro citroque dando et accipiendo [67]).

Wenn gleich die Kaiſer **Diocletian** und **Maximian** *L.* 2. *Cod. h. t.* reſcribiren, *Permutationem*, utpote re

65) *L.* 1. *pr. D. de donationib.*

66) De Verbor. quae ad ius civ. pertinent, Significat. voc. *Permutare.*

67) Man vergleiche hier noch Reichhelm's angef. Verſuch eines Beweiſes, daß der Römer nur zwey Arten unbenannter Contracte kannte. §. 3.

re ipſa bonae fidei conſtitutam, *vicem emtionis obtinere*, non eſt iuris incogniti; ſo hat doch Paulus in dem aus deſſen *libro* 32. *ad Edictum*[68]) in die Pandecten aufgenommenen *fr.* 1. *h. t.* den Unterſchied zwiſchen Kauf und Tauſch ſehr genau angegeben. Da dieſe Stelle von mehreren mißgedeutet worden iſt, ſo verdient ſie etwas genauer betrachtet zu werden.

Sicut aliud eſt vendere, aliud emere, alius emtor, alius venditor: ita pretium aliud, aliud merx: at in *permutatione* diſcerni non poteſt, uter emtor, vel uter venditor ſit: multumque differunt praeſtationes: emtor enim, niſi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito: venditori ſufficit ob evictionem ſe obligare, poſſeſſionem tradere, et purgari dolo malo: itaque, ſi evicta res non ſit, nihil debet. In *permutatione* vero, ſi utrumque pretium eſt, utriusque rem fieri oportet, ſi merx, neutrius: ſed cum debeat et res, et pretium eſſe, non poteſt inveniri, quid eorum merx, et quid pretium ſit: nec ratio patitur, ut una eademque res et veneat, et pretium ſit emtionis.

§. 1.

68) CUJACIUS in Commentar. poſtum. ad Paulum Tom. II. *Operum a* FABROTO *editor.* pag. 526. und *Iac.* LABITTUS Us. Indicis Pandectar. Cap. 3. §. 19. (in *Abr.* WIELING Iurisprud. Reſtit. T. II. p. 45.) halten jedoch dieſe Inſcription für unrichtig, weil Paulus im 32. Buch über das Edict von dem Mandat und der Societät, und erſt im 33. Buch von dem Kaufe gehandelt hat, wie aus der Inſcription der *L.* 1. *D. de contrah. emt.* erhellet, welche beyde Stellen wegen ihres urſprünglichen Zuſammenhanges mit einander zu verbinden wären.

§. 1. Unde si ea res, quam acceperim, vel dederim, postea evincatur, *in factum dandam actionem* respondetur.

§. 2. Item emtio ac venditio nuda conſentientium voluntate contrahitur: *permutatio* autem ex re tradita initium obligationi praebet: alioquin, si res nondum tradita sit, nudo conſenſu conſtitui obligationem dicemus: quod in his dumtaxat receptum eſt, quae nomen ſuum habent: ut in emtione, venditione, conductione, mandato.

**Paulus** giebt hier einen doppelten Unterſchied zwiſchen Kauf und Tauſch an.

1) Beym Kaufe muß zwar der Käufer dem Verkäufer das Eigenthum des Kaufgeldes verſchaffen; der Verkäufer hingegen iſt nur verbunden, die Sache dem Käufer zum freien Beſitz zu übergeben, und ihn auf den Evictionsfall ſchadlos zu halten. Verſchaffung des Eigenthums kann der Käufer nicht ſchlechterdings verlangen. Daher gilt auch der Kauf über eine fremde Sache, wenn nur dem Verkäufer kein Dolus zur Laſt fällt. Wenn alſo auch der Käufer in der Folge erfährt, daß die von ihm gekaufte Sache eine fremde ſey, ſo kann er dennoch, vor erfolgter Eviction, nicht gegen den Verkäufer klagen, auſſer wenn letzter dem unwiſſenden Käufer wiſſentlich eine fremde Sache verkauft hat [69]). Anders iſt es bey der Permutation. Dieſe erfordert wechſelſeitige Uebertragung des Eigenthums, die gegen einander auszuwechſelnden Sachen mögen in Geld oder Waare

69) *L. 30. §. 1. D. de action. emti et vend.*

Waare beſtehen. Denn auch Gelder können, wie Waare, gegen einander ausgewechſelt werden [70]). **Gerhard Noodt** [71]) und **Emund Merille** [72]) wollen zwar behaupten, daß die Uebertragung des Eigenthums beym Tauſch ſo wenig, wie beym Kaufe, erforderlich ſey. Allein **Paulus** widerſpricht offenbar dieſer Meinung, und zeigt dieſes hier *κατ' ἀνθρωπον*. Der Sinn der Worte: *In permutatione vero* etc. iſt folgender. Der Tauſch iſt vom Kaufe ganz verſchieden. Denn wollte man annehmen, auch durch Kaufen und Verkaufen geſchehe ein Tauſch, ſo würde daraus folgen, daß wenn dasjenige, was beyderſeits gegeben worden, in Gelde beſteht, auch jeder von dem, was er empfangen hat, Eigenthümer werden müßte. Denn dieß bringt die Natur der Permutation mit ſich. Allein dieſes iſt dem Kaufe und Verkaufe zuwider. Alſo iſt dieſer von jener unterſchieden. Der Zuſammenhang der Ideen iſt, weil im Kaufe jederzeit das Eigenthum des Kaufgeldes auf den Verkäufer übertragen wird. Wollte man ferner annehmen, daß dasjenige, was gegenſeitig ausgetauſcht wird, Waare ſey; ſo würde daraus folgen, daß keiner von Beyden nothwendig Eigenthümer von dem werden müſſe, was ihm von dem andern gegeben worden iſt. Denn ſo iſt es im Kaufcontract rückſichtlich der Waare. Dieſes widerſtreitet aber der Natur des Tauſches. Endlich ſagt **Paulus**, wenn auch ſowohl Geld als Waare gegen einander ausgetauſcht würde,

70) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1.

71) Probabil. iuris civ. Lib. II. cap. 12. Oper. Tom. I. pag. 54.

72) Observation. Lib. II. cap. 13. und Lib. V. cap. 6.

würde, ſo ſey doch der Kauf dem Tauſch nicht ähnlich, weil in einem wahren Tauſche nicht unterſchieden werden könne, welches von beyden die Waare und welches das Pretium ſey, was aber doch zum Weſen eines Kaufs gehört, weil vernünftiger Weiſe nicht die nämliche Sache beyder Stelle vertreten kann. So erklärt dieſe Stelle ſehr natürlich Chriſtfried Wächtler[73]), und dieſe Erklärung ſtimmt auch mit den Baſiliken[74]) und den Scholien[75]) derſelben überein. Erſtere ſtellen folgenden Hauptſatz aus dieſem Fragment auf: *ἐπί δὲ τῆς ἀνταλλαγῆς ἑκάτερός ἀναγκάζεται ποιεῖν δεσπότην τὸν λαμβάνοντα.* i. e. *In permutatione vero uterque cogitur accipientem dominum facere.* Die übrigen Worte des Paulus: *si merx, neutrius* hat der Scholiaſt ſehr gut erklärt: *ἐπὶ δὲ τῆς περμουτατίωνος, ἐὶ μὲν τὸ ἐξ ἑκατέρου πλευροῦ παρεχομένον τίμημα νομίζεται, ἑκάτερος ὀφείλει δεσπωτης γένεσθαι τοῦ διδομένου, ἐι δὲ τὸ ἐζ ἑκατέρων διδόμενον πεπρᾶσθαι δοκεῖ, τουτέστι πράσιμον εἶναί φορτίον, ὀυδὲ ἕτερον ἀνάγκη δεσπότην ποιῆσαι τοῦ διδομένου.* i. e. *In permutatione vero, si quidem quod ex utroque latere datum est, pretium existimetur, uterque eius, quod datum est, dominus ſieri debet.* (Et sic non est emtio venditio). *Sin autem, quod utrimque*

73) Notae ad *Ger.* NOODT Probabil. iuris civ. ad Libr. I. cap. 12. (in *Opuſculis iurid. philolog.* a *Chr. Henr.* TROTZ edit. *Traj. ad Rhen.* 1733. *pag.* 288. *sq.*)

74) Tom. II. Lib. XX. Tit. 3. Const. 1. pag. 496. edit. *Fabroti.*

75) Ibid. pag. 499.

*que datum est, venditum videatur, hoc est, merx venalis, neutrum necesse est dominum fieri eius, quod datum est.* Et sic non est permutatio. Es iſt daher eine ganz unrichtige Erklärung, wenn einige die Worte: *In permutatione vero si utrumque* u. ſ. w. ſo haben verſtehen wollen, als komme es bey der Permutatio darauf an, ob das, was gegenſeitig gegeben worden, ein pretium, oder merx ſey, und daß nur in dem erſten Fall jeder Eigenthümer des Empfangenen werde, aber nicht in dem letztern Falle. Dieſe Erklärung hat ſchon **Anton Faber**[76]) mit Recht verworfen, und dagegen eingewendet: Quomodo fieri possit, ut utrimque pretium detur, nisi admittas, quod PAULUS mox negat dici posse, unam eandemque rem et mercem et sui ipsius pretium videri? Deinde quis nesciat, *permutationem* non aliter contrahi posse, *quam si utraque ex parte rerum, quae permutantur, dominium transferatur?* Er beſtimmt nun den Sinn der Worte des **Paulus** ganz mit der obigen Erklärung übereinſtimmend dahin. PAULI ergo sententia est, ſagt er, vel in eo maxime dignosci emtionis et permutationis differentiam, quod cum in emtione merx tradatur, et pretium detur, in permutatione utrimque rem dari oporteat: quod tamen falsum esset, si permutatio emtionis iure censeri posset. Dicendum namque esset, si merx utrimque permutaretur, nulla ex parte dominium transferri, sed eo tantum casu, quo pretium utrimque daretur, quemadmodum in emtione et venditione

76) Conjecturar. iuris civ. Lib. VI. Cap. 9. pag. 147. (*Aurelianae Allobrog.* 1609. *f.*)

tione contingit, ut qui mercem debet, non nisi ad tradendum, qui vero pretium, etiam ad dandum sit obligatus.

2) Ein anderer Unterſchied zwiſchen Kauf und Tauſch beſteht nach Paulus Lehre darin. Der Kauf wird durch die bloße Einwilligung der Contrahenten geſchloßen, und er kann auch über eine fremde Sache geſchloßen werden [77]). Allein die Permutatio erzeugt erſt eine Verbindlichkeit, wenn die Sache von dem einen Theile dem andern übergeben worden iſt, und erfordert ſchlechterdings zu ihrer Gültigkeit, daß die dem Andern übergebene Sache eine eigenthümliche Sache des Gebenden geweſen ſey [78]). So lange alſo noch keine Uebergabe erfolgt iſt, iſt nach dem Römiſchen Recht noch keine obligatio, d. i. noch keine klagbare Verbindlichkeit, ſondern ein bloßes pactum vorhanden; und wird eine fremde Sache gegeben, ſo iſt der Tauſchhandel nichtig. Es kann daher auch nicht mit der aus dem Tauſchcontract ſonſt entſtehenden actio praescriptis verbis gegen den Empfänger derſelben geklagt werden, daß er die dagegen verſprochene Sache gebe, oder das Intereße leiſte. Denn man kann hier nicht ſagen, daß derjenige den Vertrag ſeiner Seits erfüllt habe, der dem Andern eine fremde Sache gegeben hat. Es findet daher blos eine Condiction Statt, mit welcher die gegebene Sache zurückgefordert werden kann, welche

77) *L.* 28. *D. de contrah. emt.*

78) Man ſehe hier vorzüglich *Io. Iust.* RAABE Disquisit. de peculiari indole permutationis, quod ad traditionem attinet, qua *Em. Merillii* hac de re doctrinam expendit. *Marburgi* 1754. §. 14. sqq.

welche nicht aus der permutatio, ſondern aus der Billigkeit entſpringt [79]). Denn der Empfänger wird nun auch ſo angeſehen, als ob er ſeiner Seits den Vertrag nicht erfüllt habe. Dieß iſt, nach der richtigen Erklärung des Cujaz [80]), der Sinn der letztern Worte das **Paulus**: *Igitur ex altera parte traditione facta*, rei scilicet alienae, *si alter rem nolit tradere, non in hoc agemus, ut quod interest nostra illam rem accepisse, de qua convenit, solvatur* scilicet nobis, *sed, ut res contra nobis reddatur, condictioni locus est, quasi re non secuta.* Die Richtigkeit dieſer Erklärung ſetzt der unmittelbare Zuſammenhang dieſes Paragraphen mit dem vorhergehenden §. 3. außer Zweifel; und es iſt daher der Vorwurf, den hier **Kaspar Schifordegher** [81]) dem Cujaz gemacht hat, daß ſeine Erklärung lächerlich ſey, ganz ungegründet. Mit Recht hat ihn gegen dieſen ungerechten Tadel **Georg Frantzke** [82]) gerechtfertiget. Hätte jedoch derjenige Contrahent, welcher den Vertrag ſeiner Seits durch Gebung einer ihm eigenen Sache erfüllet hatte, nachher unwißend von dem andern Theile eine fremde Sache empfangen; ſo iſt der Contract nicht ungültig. Der Empfänger der fremden Sache kann dieſelbe uſucapiren, und wird ſie von dem Eigenthümer evincirt, ſo hat er die Wahl, ob er mit der actio praescriptis verbis, welche aus der Permutation entſpringt, auf das Intereße klagen, oder ſeine Sache mit der condictio causa data causa non secuta zurückfordern

79) *L. 65. §. 4. D. de condict. indeb.*

80) Observation. Lib. XXIII. Cap. 28.

81) Ad Anton. Fabrum Lib. II. Tract. III. Qu. 4.

82) Commentar. in Pand. h. t. n. 6.

dern wolle, weil die Uebergabe einer fremden Sache hier eben ſo anzuſehen iſt, als wäre von dieſer Seite der Contract gar nicht erfüllet worden [83]).

Ein dritter Unterſchied zwiſchen Tauſch und Kauf, den **Paulus** hier nicht ausdrücklich berührt hat, beſteht darin, daß im Tauſche das Eigenthum der gegebenen Sache ſogleich auf den Empfänger derſelben übergeht, wenn dieſer auch gleich den Contract ſeiner Seits noch nicht erfüllt hat [84]); welches bey dem Kaufe nicht geſchiehet, wenn nicht auf Credit gehandelt worden iſt [85]). Hätte daher der Empfänger, ehe er noch ſeiner Seits das Gegenverſprechen geleiſtet hat, die von dem andern Theile erhaltene Sache wieder verkauft, ſo kann nicht gegen den Käufer auf Reſtitution der Sache geklagt werden, ſondern es findet nur eine perſönliche Klage gegen den andern Mitcontrahenten Statt, welcher die veräußerte Sache erhielt, und zwar dahin, daß er entweder den Contract erfülle, oder die ihm gegebene Sache wegen nicht erfolgter Gegenleiſtung zurückgebe, wie aus folgender Conſtitution der Kaiſer **Diocletian** und **Maximian** erhellet.

*L.* 4. *Cod. h. t.* Cum precibus tuis expreſſeris, placitum inter te, et alium permutationis interceſſiſſe, eumque fundum a te datum vendidiſſe proponis, *contra emtorem* quidem te nullam habere actionem

83) *L.* 1. §. 1. *D. h. t. L.* 1. *Cod. eodem. L.* 29. *Cod. de eviction.* S. *Io. Nic.* HERTII Diſs. de conventionibus dominii translativis. §. 11. (in *Commentat. et Opuſc.* EIUS. Vol. I. Tom. III. pag. 74. sq.)

84) *L.* 4. *Cod. h. t.*

85) §. 41. *I. de rerum diviſione.*

tionem perspicis, *cum ab eo susceperit dominium, cui te tradidisse titulo permutationis non negas.* Sed si secundum fidem placiti *stipulatio* subjecta est: successores eiusdem, cum quo contractum habuisti, convenire non prohiberis. Si vero nulla stipulatio intercessit, *praescriptis verbis actio* est, ut vel fides placiti tibi servetur, vel quod alterius accipiendi fundi gratia dedisti, causa non secuta restituatur.

Es findet daher auch hier nicht ſo, wie beym Kaufe, ein Vorbehalt des Eigenthums Statt[86]). Der Empfänger iſt jedoch ſchlechterdings verbunden, das Gegenverſprechen zu erfüllen, und kann, wenn die verſprochene Sache noch vorhanden iſt, ſich nicht wider den Willen des auf Erfüllung klagenden Theils durch Leiſtung des Intereße davon loßmachen[87]). Zwar ſind mehrere Rechtsgelehrten[88]) anderer Meinung. Sie berufen ſich auf den Ausſpruch des Paulus *L.* 5. §.1. *D. de praescriptis verbis*, wo es heißt: Sin autem *rem do, ut rem accipiam:* quia non placet permutationem rerum emtionem esse, dubium non est,

86) S. RAABE cit. Disquisit. §. 17.

87) *Lüd.* MENCKEN Synops. theoriae et praxeos Pandectar. h. t. §. 6. in fin. RAABE cit. Disquisit. §. 17. Schmidt pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 1062.

88) *Ant.* FABER de Erroribus Pragmaticor. Dec. LXXXIII. Err. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 26. Unter den ältern ſind Baldus, Bartolus, Raphaël Fulgoſius, Paulus Caſtrenſis, und Cynus derſelben Meinung. Nicht minder *Ge.* FRANTZKIUS Commentar. in Pand. Lib. XIX. Tit. 5. nr. 63. u. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Ant.* Fabrum Lib. II. Tr. III. Qu. 4.

eſt, naſci civilem obligationem: in qua actione id veniet, non ut reddas, quod acceperis, ſed *ut damneris mihi, quanti intereſt mea, illud, de quo convenit, accipere.*' Man hat daher hierin einen wichtigen Unterſchied zwiſchen genannten und ungenannten Contracten zu finden geglaubt, daß nur in den erſtern der Contrahent genöthiget werden könne, gerade diejenige Sache zu übergeben, welche er vermöge derſelben zu geben verbunden iſt, in den letzteren aber nicht, ſondern da müße man ſich mit dem Intereſſe begnügen. Denn der Beklagte habe die Wahl, ob er den Contract erfüllen oder das Intereſſe leiſten wolle. Allein von dieſem Unterſchiede läßt ſich kein vernünftiger Grund angeben. Es unterſtützt aber auch **Paulus** dieſen Unterſchied gar nicht, ſondern **Paulus** wollte nur, wie **Joſeph Fernandez de Retes**[89]) ſehr richtig bemerkt, die äußerſten Grenzen dieſer Klage bezeichnen, wie weit nämlich die actio praeſcriptis verbis reicht, und was man durch dieſelbe erhalten kann, z. B. im Falle des Verzugs. Daß aber der Beklagte mit der actio praeſcriptis verbis im Tauſche ſo gut, wie mit der actio emti der Verkäufer, angehalten werden könne, den Contract zu erfüllen, lehren nicht nur die *L.* 4. und *L.* 8. *Cod. h. t.* ganz klar, ſondern es folgt dieſes auch ſchon daraus, weil die actio praeſcriptis verbis, welche aus der Permutation entſpringt, nach *L.* 2. *Cod. eodem* dieſelbe Wirkung hat, wie die actio ex emto.

Soviel übrigens die Präſtation der Culpa beym Tauſche im uneigentlichen Sinne anbetrifft, ſo berührt **Paulus** dieſelbe in der *L.* 5. §. 1. *D. de praeſcriptis verbis* nur

89) Opuſculor. Lib. II. Sect. I. Cap. 10. nr. 1 — 3. (Tom. VI. *Theſ. Meerman.* p. 110.)

nur im Vorbeygehen, wenn er ſagt: Sed *ſi ſcyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares,* periculo meo Stichus erit: *ac tu duntaxat culpam praeſtare debes.* Da die Römer den Tauſch, ſoweit es die Grundſätze des ungenannten Contracts zulaſſen, nach dem Kaufe beurtheilen [90]; ſo iſt von jedem Contrahenten das zu präſtiren, was die Geſetze von dem Verkäufer verlangen [91]). Muß aber auch derjenige, dem die Sache im Tauſchcontract verſprochen worden, wenn ſie vor der Uebergabe zu Grunde geht, das periculum eben ſo, wie der Käufer, übernehmen? ich meine hier das periculum casus. Müßte er es tragen, ſo würde natürlich das Gegebene nicht wieder zurückgefordert werden können. So wollen denn auch wirklich viele die Worte des **Paulus**: *periculo meo Stichus erit,* erklären. Allein daß **Paulus** hier bloß von der actio in factum praeſcriptis verbis rede, und nur ſoviel ſagen wolle, daß hier wegen der nicht erfolgten Gegenleiſtung kein Intereſſe gefordert werden könne, damit aber die condictio ob cauſam datorum nicht habe ausſchlieſſen wollen, lehrt der Zuſammenhang dieſer Stelle augenſcheinlich, wie ich ſchon an einem andern Orte [92]) gezeigt habe.

Noch

90) *L.* 2. *D. h. t.* ARISTO ait, quoniam *permutatio vicina eſſet emtioni,* ſanum quoque, furtis noxiſque ſolutum, et non eſſe fugitivum ſervum, praeſtandum, qui ex cauſa daretur. Adde *L.* 2. *C. eodem.*

91) S. Franz Schöman Lehre vom Schadenserſatze S. 201. f.

92) S. den 13. Th. dieſes Commentars §. 823. S. 47. Vergleiche auch noch *Caſp.* SCHIFORDEGHER ad Ant. Fabrum. Lib. III. Tr. XVIII. Qu. 4.

Noch iſt zu bemerken. So wie die Gefahr und der Vortheil mit der Uebergebung der Sache auf den Empfänger derſelben, als Eigenthümer, übergeht; ſo gebühren auch von der Zeit der Uebergabe an demjenigen, welcher dadurch den Contract ſeiner Seits zu erfüllen den Anfang machte, die Früchte der dagegen von dem andern Theil verſprochenen Sache, ja es muß dem Erfüllenden von jener Zeit an alles Intereſſe vergütet werden, wenn der Empfänger mit der verſprochenen Gegenleiſtung zögerte[93]). Denn mit der von dem einen Theile geſchehenen Leiſtung fängt bey zweyſeitigen Geſchäften der Verzug ſofort für den andern Theil an[94]).

## §. 1071.

### Geldwechſel, eine Art der Permutation. Urſprung der heutigen Wechſel.

Eine bey den Römern ſehr gewöhnliche Art des Tauſches war der Geldwechſel, welcher nicht nur darin beſtand, wenn man gleich in der Bank des Argentars Münzen gegen ein Aufgeld, welches man *Collybus*[95]) nannte, umſetzte, von welchem Geſchäft die Argentarien den Namen *Collybistae*[96]), in dem Mittelalter aber *Cam-*

93) *L. 5. §. 1. D. de praescript. verb. Ioann. Iust.* RAABE cit. Disquisit. de peculari indole permutationis, quod ad traditionem attinet. §. 20 et 21.

94) Thibaut Syſt. des Pand. Rechts. 1. B. §. 105.

95) CICERO *Epist. ad Attic.* Lib. XII. Ep. 5. et in Verrem. Lib. III. cap. 78.

96) ZONARAS ad Can. 76. Synodi Trullanae pag. 189. den CUJACIUS Obs. Lib. X. c. 14. anführt, ſagt: Κολλυβισταί εισιν

*psores* oder *Cambiatores*, von dem auch den Römern nicht ganz unbekannten Worte *cambire* 97), d. i. permutare, erhielten; (**Julius Pollux** 98) nennt dieſe Geldverwechſelung *ἀργυρίου ἀλλαγή*); ſondern auch häufig auf die Art geſchahe, daß man das Geld, was man Einem zu Rom ausgezahlt hatte, an einem dritten Orte, wo man es brauchen wollte, z. E. in Athen, oder Corinth, gegen eine vorgezeigte Aſſignation wieder erhielt, wovon viele Beyſpiele bey **Cicero** 99) vorkommen 100). Mehrere Rechtsgelehr-

*εἰσιν οἱ τὰ λεπτὰ νομίσματα πωλοῦντες, ἤτοι τοὺς νούμμους*. i. e. *Collybistae* sunt, qui minuta numismata vendunt, vel nummos.

97) S. APULEJUS in Apolog. pag. 284. edit. *Elmenhorst*. wo der Ausdruck vorkommt *mutuarias operas cambire*, welches Wort CHARISIUS lib. III. *Institut. Grammatic.* cap. 4. et 10. für mutare erklärt. Hierher gehört auch die Stelle aus PRISCIANI lib. X. *Grammat.* c. 2. pag. 906. edit. *Putschii. Cambio*, *ἀμείβομαι*, ponit *Charisius*, et eius praeteritum *campsi*, quod *ἀπὸ τοῦ κάμπτω ἔκαμπσα* Graeco esse videtur: unde *campso campsas* solebant vetustissimi dicere. S. DU CANGE Glossar. voc. *Cambiare*. *Io.* VOSSIUS Etymol. linguae lat. v. *Cambio*; und ALCIATUS Parergor. Lib. I. cap. 45. und GESNER in Thes. ling. lat. voc. *Cambire*.

98) *Onomastic. III.* 9. *VII.* 30.

99) *Ad Atticum* Lib. XII. Ep. 24. et Lib. XV. Ep. 15. *ad diversos* Lib. II. Ep. 17. et Lib. III. Ep. 5. S. ERNESTI Opuscula orator. pag. 402.

100) S. *Io. Gottfr.* SIEBER Diss. I. de agentariis *Lipsiae* 1737. §. 16. et Diss. II. *Lipsiae* 1739. §. 8. (in *Io. Melch. Gottl.* BESEKE *Thes. iur. cambial.* P. I. pag. 9. et 20.)

gelehrten [1]) wollen hier die erſten Spuren des heutigen Wechſelgeſchäfts gefunden haben, allein daß jener Geldwechſel der Römer von dem heutigen Wechſelgeſchäft in Form und Wirkung ganz verſchieden geweſen ſey, hat ſchon Heineccius [2]) ſehr richtig bemerkt. Der Urſprung der heutigen Wechſel kann alſo keineswegs von den Römern hergeleitet werden [3]). Es iſt auch der Wechſelcontract ein eigener Contract, welcher zu keinem der römiſchen Contracte gerechnet werden kann [4]). Er hat das Eigene, daß er nur ſchriftlich errichtet werden kann, und ſein Weſen beſteht darin, daß man ſich durch Ausſtellung oder Annahme einer das Wort **Wechſel** in ſich enthaltenden Schrift verbindlich

und *Herm.* HUBERT Disp. de argentariis Veterum Diss. I. *Traj. ad Rhen.* 1739. §. 4. sqq und Disp. II. *Ibidem* 1740. §. 2. et 3. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertation. iurid. in academ. Belgicis habitar.* Vol. II. T. I. Nr. 1. et 2.)

1) S. *Ulr.* HUBER Praelect. iur. civ. in Pand. Lib. XVII. Tit. 1. §. 12. *Ge. Henr.* AYRER Diatribe de cambialis instituti vestigiis apud Romanos. in BESEKE Thes. iur. camb. P. I. Nr. III. p. 56. sqq.

2) Diss. de vitiis negotiationis collybisticae vel cambialis. Cap. I. §. 3. in *Opusc.* pag. 457. und Deſſelben Elem. iuris cambial. Cap. I. §. 7.

3) *Christ. Gottl.* RICCII Exercit. iur. cambial. I. Sect. I. de historia iuris cambialis. §. 1.

4) SCHILTER Prax. iur. Rom. Ex. XXXII. §. 10. HEINECCIUS cit. Diss. Cap. I. §. 12 — 16. RICCIUS Exercit. iuris cambial. II. de contractu cambiali. *Goett.* 1779. **Paul Pezold** Recht des Wechſelcontracts. **Leipzig** 1810. und **Joſeph von Boſet** der Wechſelcontract nach ſeiner hiſtoriſchen, teleologiſchen und philoſophiſchen Anſicht. **Prag** 1812.

bindlich macht, eine Summe Geldes bey Vermeidung der ſchleunigſten Execution zur beſtimmten Zeit zu bezahlen. Das heutige Wort Wechſel oder *Cambium* bezeichnet nun bald dieſen Contract, bald den Wechſelbrief, worin Jemand einem Andern eine gewiſſe prompte Zahlung verſpricht, und zwar entweder ſo, daß er ſich ſelbſt zur Bezahlung einer gewiſſen Summe gegen den Gläubiger verbindlich macht, welches ein eigener oder trockener Wechſel, (*cambium proprium s. siccum*) genennet wird; oder ſo, daß einem Dritten darin der Auftrag gegeben wird, dem Vorzeiger des Wechſels eine gewiſſe Summe zur beſtimmten Zeit zu bezahlen, welches ein traſſirter Wechſel oder ſchlechthin eine Tratte (*cambium trassatum*) genennet wird. Das traſſirte Wechſelgeſchäft iſt das eigentliche urſprüngliche Wechſelgeſchäft, welches zu dem ganzen Urſprunge des ſtrengen Wechſelrechts die Gelegenheit gegeben hat. Fragt man aber wo, wann und warum es zuerſt eingeführt worden, daß wenn aus einer Handſchrift, welche das Wort Wechſel enthält, gegen den Ausſteller, oder Acceptanten geklagt wird, dieſer mit Verwerfung aller, wenigſtens nicht auf der Stelle erweißlichen, Einreden ſofort zahlen, oder ſich den perſönlichen Arreſt gefallen laſſen müſſe? ſo iſt es wohl nach den hiſtoriſchen Unterſuchungen, welche Herr von Martens[5]) dieſem Gegenſtande gewidmet hat, keinem weitern Zweifel unterworfen, daß die Handels- und Geldgeſchäfte auf den Meſſen die Veranlaſſung dazu gegeben, und der erſte Grund



5) Ge. Fried. von Martens Verſuch einer hiſtoriſchen Entwickelung des wahren Urſprungs des Wechſelrechts. Göttingen 1797.

des ſtrengen Wechſelrechts in dem Privilegium der Meßſchulden zu ſuchen ſey. Denn es iſt erwieſen, daß die Meßwechſel die erſten geweſen, auf welche das, was man ſtrenge Wechſelexecution nennt, verfügt worden iſt. Der Gang dieſer Begebenheit war ſehr natürlich. Seitdem der Handel in Europa vorzüglich durch die Kreuzzüge einen höhern Schwung und mehr Beträchtlichkeit erhalten hatte, fühlte man nunmehr, wie nothwendig die Anlegung der Meſſen ſey, um dadurch die Schließung kaufmänniſcher Geſchäfte zu erleichtern, deſto lebhafter, je mehr man ſich durch die Erfahrung überzeugt hatte, daß es mit gar zu vielen Schwierigkeiten verknüpft ſey, den Handel von Hauſe aus durch Correſpondenz zu führen. Unter den mancherley Privilegien, wodurch man Meſſen vor bloßen Jahrmärkten auszeichnete, war allerdings eines der zweckmäßigſten, die Beſtimmung, daß in Streitſachen, welche aus Meßcontracten entſtanden ſind, mit Uebergehung aller proceßualiſchen Förmlichkeiten die ſchleunigſte Rechtshülfe ſtatt haben ſolle. Es lag dieſes auch ſchon in ſofern in der Natur der Sache, als Fremde hier nur auf eine kurze Zeit beyſammen waren, und daher derjenige, welcher an den feſtgeſetzten Zahltagen nicht die ſchuldige Zahlung leiſtete, nicht nur ſeinen Credit verlor, ſondern auch, als der Flucht verdächtig, auf Anrufen des Klägers in perſönlichen Arreſt gezogen werden konnte [6]). Dieſe ſchleunige Rechtshülfe, welche anfangs ein gemeinſchaftliches Vorrecht aller ſchriftlicher Meßcontracte geweſen zu ſeyn ſcheint, ward aber nachher bey den auf den Meſſen ausgeſtellten Wechſel-Aſſignationen

6) Die Belege wird man in des H. von Martens angef. Verſuche §. 3. finden.

nen der Campſoren noch durch mehrere Gründe verſtärkt. Je häufiger nämlich im Mittelalter die Veränderungen und Verfälſchungen der Münzen waren, deſto mannigfaltiger waren die Veranlaſſungen zur Verwechſelung derſelben, deſto nothwendiger war es aber auch, ſelbſt für den Staat, zuverläßige Leute zu haben, durch welche die Münzen ausgewechſelt würden, damit das unwiſſende Volk nicht durch unmäßiges Aufgeld beym Verwechſeln den Bedrückungen Anderer ausgeſetzt ſeyn möchte. Solche Campſoren, wie man ſie von dieſem Wechſelgeſchäft nannte, wurden daher beſonders verpflichtet, ſie mußten überdem Caution leiſten, und wurden angewieſen, ihre Bücher ordentlich zu führen; dieſen Büchern ſollte dagegen aber auch nach den frühern Geſetzen mehrerer italiäniſchen und franzöſiſchen Handelsſtädte des 14ten Jahrhunderts voller Glaube beygemeſſen werden [7]. Der Hauptſitz der Geſchäfte dieſer Campſoren war nun auf den, inſonderheit in Italien und Frankreich, ſchon damals ſo häufigen Meſſen [8]. Hier machte nicht nur die Mannigfaltigkeit der zuſammentreffenden fremden Münzen das Geſchäft des ſogenannten Hand- oder Kleinwechſels beträchtlicher, ſondern es entſtanden auch hier beym Handel die häufigſten und mannigfaltigſten Veranlaſſungen für kaufmänniſche Zahlungen und Anweiſungen. Denn brachte der fremde Kauf-

7) Man ſehe die Belege dazu in H. von Martens angef. Verſuche §. 4.

8) S. das Verzeichniß bey BALDUCCI PEGOLOTTI Cap. 37. in der Della decima, e delle altre gravezze della mercatura dé Fiorientini sino al secolo XVI. *Lisbona* a *Lucca* 1765. Tom. III. pag. 165.

Kaufmann Gelder mit, die er, der Umſtände wegen, nicht vortheilhaft benutzen konnte, ſo ſahe er ſich veranlaßt, ſie bey einem Campſor umzuſetzen, und hatte er Gelder auf der Meſſe erhoben, ſo war es ihm entweder zu beſchwerlich, oder bey der Unſicherheit der Wege zu bedenklich, ſelbige baar bey ſich zu führen, oft konnte er auch nicht einmal die eingenommenen Münzſorten zu Hauſe gebrauchen. Er trug alſo ſeine Baarſchaft hin zum Campſor, und ließ ſich von dieſem in der Münzſorte, die er brauchte, und für den Ort, oder Meſſe, wo er das Geld nöthig hatte, eine ſchriftliche Anweiſung geben. Eine ſolche Anweiſung, die übrigens, wie eine jede andere Aſſignation einen Auftrag an einen Dritten enthielt, eine Summe Geldes zu bezahlen, welcher übrigens von dieſem acceptirt oder abgelehnt werden konnte, erhielt den Namen *lettera di cambio*. Nun waren zwey Fälle möglich.

I. Die von einem Campſor auf der Meſſe ausgeſtellte Wechſel-Aſſignation (lettera di cambio) wurde von dem Dritten, an den der Auftrag gerichtet war, den man den Traſſaten nannte, nicht acceptirt. Hier traten nun folgende Gründe ein, aus welchen der Ausſteller ohne alle Friſt, und bey Vermeidung des Gefängniſſes zur Zahlung angeſtrengt werden konnte.

1) Abgeſehen davon, daß die Schuld aus einem Meßcontract herrührte, und alſo ohnehin ſchon mit dem Vorrecht ſchleuniger Rechtshülfe verſehen war, ſo war es eine von einem Campſor gegebene Aſſignation, deſſen Geſchäfte mehr noch, als die eines andern Kaufmanns, eine pünctliche Zahlung zur Erhaltung ſeines Credits unentbehrlich machten, indem er für Fallit würde gehalten ſeyn, wenn

er

er am Zahltage auf der Meſſe nicht gezahlt hätte, ja ſelbſt für die pünctliche Erfüllung ſeiner Verbindlichkeiten hatte Caution leiſten müſſen, und deſſen Scheine den instrumentis publicis gleichgeachtet werden ſollten [9]. Sodann aber deutete

2) ſchon ſelbſt das Wort *di cambio*, welches als ein weſentliches Stück einer ſolchen Handſchrift angeſehen wurde, an, daß die Schuld durch einen Wechſel, oder Geldverwechſelung, (*change*, nicht échange) veranlaßt worden ſey, wobey das Geld ſchon zum voraus vom Campſor erhoben war, wenn auch nicht das ausdrücklich hinzugeſetzte Bekenntniß der Valuta dieß noch mehr beſtätiget hätte. Dieſer baare Empfang der Valuta, gleichſam als Kaufpreis des Wechſels betrachtet, ließ dem Campſor gar keinen vernünftigen Grund zur Weigerung der Zahlung übrig, und es iſt nicht zu läugnen, daß hierin ein ſehr wichtiger Grund für die Strenge des Verfahrens bey Wechſeln beruhe; obwohl freylich dieſer Grund der baar gezahlten Valuta nicht für ſich allein als die befriedigende Urſach des Urſprungs des ſtrengen Wechſelrechts, auch nicht als der nächſte und unmittelbare Grund deſſelben, wie Herr Profeſſor Büſch [10]) meint, angeſehen werden könne; indem dieſer vielmehr, wie Herr von Martens [11]) ſehr gründlich gezeigt hat, in den Vorrechten der

9) S. das Statut von Piacenza vom Jahr 1391. bey Martens im Anhange S. 18. und das Statut von Bologna 1454. Ebendaſelbſt im Anhange S. 57.

10) Abhandlung von dem Urſprunge des Wechſelrechts, in Büſch und Ebelings Handlungsbibliothek 1. B. 3. St. S. 377.

11) In dem angeführten Verſuche einer hiſt. Entwicklung des wahren Urſprungs des Wechſelrechts §. 10.

der Meſſen zu ſuchen iſt. Dieſe Behauptung ſtimmt nicht nur mit dem ganzen Gange, den der Handel in Italien, Frankreich und Spanien ſeit dem zwölften Jahrhundert nahm, überein, ſondern ſie wird auch dadurch unterſtützt, daß in den früheſten Urkunden, welche von wahren Wechſeln handeln, dieſes Geſchäft mehrentheils als ein ſolches angeſehen worden iſt, welches von Meſſe zu Meſſe (di fiera in fiera, de foire en foire) getrieben wird. Daher kommen die Meßwechſel unter dem Nahmen cambia *regularia* vor, dahingegen Auſſer-Meßwechſel cambia *irregularia* genannt werden.

II. Der Traſſat hatte den auf ihn gezogenen Wechſel oder Anweiſung des Campſors acceptirt, aber zur geſetzten Zeit keine Zahlung geleiſtet. Hier konnte nun zwar die baare Valuta kein Entſcheidungsgrund ſeyn, um gegen ihn mit eben der Strenge zu verfahren, welche im Falle der nicht erfolgten Acceptation gegen den Ausſteller dieſer Anweiſung Statt gefunden hätte. Allein ſobald man annimmt, daß das ſtrenge Wechſelrecht zuerſt bey Meßwechſeln eingetreten, und die mehreſten Wechſelgeſchäfte anfangs von Meſſe zu Meſſe getrieben worden, ſo kann man ſich daraus ohne Schwierigkeit die Urſache des ſtrengen Wechſelrechts gegen den Traſſaten erklären, der nach erfolgter Acceptation keine Zahlung leiſtete. Denn unſtreitig hatte der Traſſat durch die Acceptation des Wechſels eine Meßſchuld contrahirt, es war daher nun ganz in der Ordnung, daß er durch ein mandement de foire in Verhaft genommen werden konnte, wenn er mit der Zahlung zögerte. War er, wie auch wohl anfangs mehrentheils der Fall geweſen ſeyn mag, ſelbſt ein Campſor, ſo ent-

entſtand hieraus ein neuer Grund, ihn mit der Strenge zu behandeln, die, nach der Beſchaffenheit der Campſoren, gegen ſie angewendet zu werden pflegte [12]).

Man kann alſo, wenn die Frage entſteht, wenn eher die ſtrenge Perſonalexekution bey den Wechſeln entſtanden ſey, den Satz als hiſtoriſch richtig annehmen, ſobald es auf Meſſen aufkam, daß Campſoren gegen den Empfang der Valuta Gelder in andern Münzſorten an dritten Orten ſchriftlich anwieſen, gab es auch in Hinſicht der ſtrengen Execution ein Wechſelrecht, und die Execution war dabey gerade das, was aus den angeführten Gründen damals am wenigſten Zweifel und Schwierigkeiten hatte. Es läßt ſich indeſſen das Alter des Wechſelrechts nicht wohl über die zweyte Hälfte des zwölften Jahrhunderts hinausſetzen. Denn vor dieſer Zeit gab es wohl an wenig Orten öffentliche Campſoren, auch war wohl des Geldverkehrs noch zu wenig, um daraus allein einen eignen Nahrungszweig zu bilden, und bis ins zwölfte Jahrhundert war auch die Schließung brieflicher Contracte, die doch unſere Wechſel weſentlich vorausſetzen, unter Kaufleuten noch ſehr ſelten [13]). Auf den Champagner Meſſen, welche im 12. Jahrhundert geſtiftet wurden, und im dreyzehnten ihren höchſten Flor erreicht hatten, wurden ſchon eigentliche Wechſelgeſchäfte geſchloſſen, und auch für dieſe fand Wechſelexecution ſtatt. Dennoch iſt Italien wohl unſtreitig als das Vaterland der Wechſel anzuſehen. Denn die Italiener und insbeſondere die Florentiner waren es, welche theils auf ihren Reiſen, theils bey ihrer Flucht und Nieder-

12) S. von Martens Verſuch §. 11.

13) S. von Martens §. 12.

derlaſſung in fremden Landen im dreyzehnten Jahrhundert das meiſte zum Entſtehen und zur Ausbreitung dieſes Geſchäfts beytrugen.

Wenn nun gleich das Hauptgeſchäft der Wechſel anfangs in den Händen der Campſoren geweſen zu ſeyn ſcheint; ſo läßt ſich doch deswegen nicht behaupten, daß Wechſelbriefe ſchlechterdings nicht anders, als von Meſſe zu Meſſe hätten gültig ausgeſtellet werden können. Denn wenn gleich die Meßwechſel die gewöhnlichſten waren, und daher regularia genannt wurden, ſo mußten doch noch immer Veranlaſſungen genug übrig bleiben, um Wechſel zumahl von der Meſſe aus, auf Orte, wo keine Meſſen waren, und auf Auſſer-Meßzeiten auszuſtellen [14]. Schon im Anfang des vierzehnten Jahrhunderts kommen daher cambia a dato, a vista, und a uso, mithin Auſſer-Meßwechſel, vor [15]. Doch ſcheint das ſtrenge Wechſelrecht für dieſe erſt nach und nach, und durch Nachahmung der Meſſen, entſtanden zu ſeyn, und natürlich früher an ſolchen Orten, wo nicht nur Campſoren waren, ohne welche überhaupt in jenen frühern Zeiten an keinem Orte Wechſelrecht war, ſondern auch wo die Kaufmannſchaft am früheſten eine feſte Verfaſſung und eine den Meſſen ähnliche Einrichtung, inſonderheit ein eignes Handelsgericht erhielt. Wir müſſen daher auch den Urſprung des Wechſelrechts auſſerhalb der Meſſen da ſuchen, wo die Meiſter in der Kunſt

14) Der älteſte bis jetzt bekannte Wechſel in heutiger Form, welcher auf uns gekommen iſt, vom Jahr 1325 bey BALDUS Lib. I. Consil. 349. iſt gerade ein Auſſer-Meßwechſel. S. Herrn von Martens Verſuch §. 15. Not. o. S. 49.

15) H. von Martens Verſuch a. a. O. S. 48.

Kunſt des Handels das Verfahren in Handelsſachen vorſchreiben konnten, alſo in Italien, und an den Orten auſſerhalb Italiens, wo den Lombarden durch Privilegien das Recht, ſich durch ihre eigenen Handels-Richter oder Conſuln nach ihren Statuten richten zu laſſen, eingeräumt wurde [16]). Aber auch in Italien ſelbſt, wo der benachbarten Handelsplätze ſo viele waren, ſcheint das Wechſelrecht auſſer den Meſſen früher in Florenz, als anderswo, entſtanden zu ſeyn, weil die Florentiner ſchon zu Anfang des dreyzehnten Jahrhunderts eine feſte kaufmänniſche Verfaſſung hatten [17]), und das Wechſelgeſchäft ihre Hauptſache war, auch ſchon im Jahr 1259. die Kunſt der Geldwechſelung (ars cambii) in ein Corpus geſammlet haben, und ſchon in ihren Statuten vom Jahr 1299. ſich Verordnungen finden, welche beweiſen, daß das Wechſelweſen hier regelmäßig und nach beſtimmten Vorſchriften geführt wurde; ſie waren mithin wenigſtens am mehreſten mit dem Geſchäft bekannt, deſſen nothwendiger Gefährte eine ſchleunige

16) So ertheilte z. B. der König von Frankreich den Lombarden 1264. und 1278. dergleichen Privilegien, nach welchen ſie unter andern auch in Nimes ihren Capitaneus und ihren Conſules haben durften. S. DU CANGE Gloſſar. voc. *Longobardi.* Eben ein ſolches Privilegium hatte auch Conrad II. König von Sicilien im Jahr 1268. den Piſanern ertheilt. F. DEL BORGO Diplom. Piſan. p. 201. Mehrere Beyſpiele von ſolchen Privilegien führt H. von Martens in dem Verſuche S. 53. ff. an.

17) So werden ſchon in dem Frieden von 1204. zwiſchen den Florentinern und Siena Conſoli dell' arte del cambio für die erſteren erwähnt. S. Della Decima T. II. pag. 135

nige Juſtiz war. Die Gründe für die Einführung der Wechſelſtrenge bey den Auſſermeßwechſeln waren theils die allgemeinen, ſofern es auch hier die Campſoren und zumal die Lombarden waren, die einen Wechſel ausgeſtellt, oder acceptirt hatten; theils die Erhaltung des Handelscredits unter Kaufleuten, theils der Umſtand, daß man auch hier die Valuta für baar bezahlt, mithin die Schuld für völlig liquid hielt. Selbſt bey liquiden Waaren Schulden ſollte daher nach den Statuten mehrerer Handelsſtädte mit Perſonal-Arreſt verfahren werden, zumal wenn der Contract vor dem Handelsgericht eingeſchrieben war [18]). Dieſe Erweiterung der Wechſelgeſchäfte veranlaßte nun auch freylich viel Wechſelfragen, welche ſich nicht immer durch das bloße Uso entſcheiden ließen. Hier mußte alſo die Geſetzgebung ins Mittel treten, und dieſe Puncte beſtimmen. Lange Zeit hielt man die Venetianiſche Verordnung vom J. 1357. für die erſte Wechſelordnung. Allein ſie iſt nichts weniger, als ein Wechſelgeſetz, ſie ſollte blos den wucherlichen Contracten der Campſoren Gränzen ſetzen [19]). Das älteſte eigentliche Wechſelgeſetz, das man hat auffinden können, iſt vielmehr die Verordnung des Magiſtrats zu Barcelona von 1394. Vollſtändige Wechſelordnungen gab es indeſſen vor dem 16. Jahrhundert nicht. Deſto beträchtlicher mehrten ſich die Wechſelgeſetze in dieſem Jahrhundert [20]). Die vollſtändigſten und am mehrſten in dem Geiſte

18) Mehrere Beyſpiele von Venedig, Verona und Bergamo führt Herr von Martens §. 16. S. 58. an.

19) Herr von Martens hat ſie in ſeinem Verſuche S. 20. des Anhangs abdrucken laſſen.

20) Einzelne Wechſelgeſetze für Spanien, Mayland, Venedig, Bergamo, Neapel, Bologna und Genua findet

Geiſte unſers Wechſelrechts abgefaßten Beſtimmungen finden ſich jedoch in den Genueſer Statuten von 1589. Der Anfang des 17ten und die andere Hälfte des 18ten Jahrhunderts waren indeſſen wohl die wichtigſten Epochen für die Wechſel-Legislation. Herr Prof. Beſeke [21]) hat ein Verzeichniß derſelben, aber eine vollſtändige Sammlung der Wechſelgeſetze aller Länder und Handelsplätze in Europa ſelbſt hat nach alphabetiſcher Ordnung der K. K. Rath Johann Michael von Zimmerl in 3 Bänden Wien 1809. und 1813. 4. geliefert.

§. 1072.

Form der heutigen Wechſel. Wirkung der Wechſel-Clauſel.

Die allgemeinen Beſtandtheile eines förmlichen Wechſels ſind 1) ein ſchriftlicher Aufſatz, 2) das Wort Wechſel, und 3) die Erforderniſſe einer liquiden Schuldurkunde [22]). Iſt nun a) der Wechſel ein eigener, wodurch der Ausſteller ſich ſelbſt zur Bezahlung einer gewiſſen Summe verbindlich macht, ſo muß derſelbe 1) das Verſprechen der zu leiſtenden Zahlung, 2) den Namen des Gläubigers, 3) die Angabe der zu bezahlenden Summe, 4) die Zahlungszeit, und 5) die Unterſchrift des Schuldners enthalten. Das Bekenntniß der Valuta, das heißt, daß dem Ausſteller das Geld von dem Gläubiger wirklich gezahlt worden ſey, iſt nur dann als ein weſentliches Stück

findet man bey H. von Martens im Anhange ſeines Verſuchs.

21) Thesaur. iuris cambialis P. II. pag. 1288 — 1291.

22) *Christ. Gottl.* RICCII Exercit. iur. camb. III. de litteris cambialibus. *Goett.* 1749.

Stück zu betrachten, wenn es die Wechſelordnung des Orts, wo der Wechſel ausgeſtellet wird, als ein nothwendiges Erforderniß zur Begründung der Wechſelverbindlichkeit vorſchreibt [23]). Jedoch iſt das Bekenntniß der empfangenen Valuta jederzeit räthlich. Gewöhnlich iſt zwar auch eine Ueberſchrift, welche den Ort und die Zeit der Ausſtellung nebſt der Wechſelſumme enthält. Sie iſt aber eben ſo wenig nothwendig, als die unter dem Wechſel ſtehende Addreſſe an mich ſelbſt in Leipzig oder wo ich ſonſt anzutreffen [24]). b) Ein traſſirter Wechſel [25]) hingegen muß enthalten, 1) die Beſtimmung der Zahlungszeit, 2) die Bemerkung, ob es ein Sola- Prima- oder Secunda-Wechſel ſey; 3) Ertheilung des Auftrags an den Traſſaten; 4) den Namen deſſen, dem, oder auf deſſen Ordre, die Zahlung geleiſtet werden ſoll; 5) das Bekenntniß der erhaltenen Valuta; 6) die Unterſchrift des Traſſanten, und 7) die Benennung des Traſſaten, welche zu Ende des Wechſels linker Hand, der Unterſchrift des Traſſanten gegen über, hinzugefügt zu werden pflegt. Ehemals ſtand der Name des Traſſaten nicht unter dem Wechſel, ſondern, wie die Aufſchrift eines Briefs, auf dem Rücken des Wechſels, wie ſich dieß nicht nur bey dem älteſten Wechſelformular vom Jahr 1325, welches uns

23) *Io. Christ.* FRANCK Institut. iur. cambial. Lib. I. Sect. I. Tit. 8. §. 9. Püttmann's Grundſätze des Wechſelrechts §. 13. RICCIUS cit. Ex. §. 68. et 84.

24) RICCII Exercit. iur. camb. IV. de cambiis propriis. *Goett.* 1779.

25) RICCII Exercit. iur. camb. X. de cambiis trassatis vel indossatis. *Goett.* 1781.

uns Baldus aufbewahrt hat, ſondern auch bey ſo vielen der Wechſelformulare findet, welche Scaccia [26]), ein Schriftſteller aus dem Anfange des ſiebenzehnten Jahrhunderts, liefert. Dieſe Sitte dauerte ſo lange, bis der Gebrauch der Indoſſamente allgemeiner wurde, für welche nun der Rücken des Wechſels freygelaſſen werden mußte [27]). Nur zu den auſſerweſentlichen Beſtandtheilen eines traſſirten Wechſels gehört 1) die Ueberſchrift, worin der Ort und die Zeit, wenn und wo der Wechſel ausgeſtellt worden iſt, desgleichen die Summe und die Münzſorten, worin derſelbe zu bezahlen iſt, angezeigt worden. 2) Der Vorſchlag zur Wiederbezahlung. Denn ſchon die Zuſage, künftig Zahlung leiſten zu wollen, iſt hinreichend [28]).

Bey einem traſſirten Wechſelbriefe kommen alſo eigentlich vier Perſonen vor. 1) Der Remittent, welcher ſich den Wechſel ausſtellen läßt, und dafür eine gewiſſe Summe zahlt, welche *Valuta*, der Werth des Wechſels, genennet wird. Im Deutſchen wird er der Wechſelnehmer, oder Empfänger des Briefs, Herr und Inhaber des Wechſels genennt. Die Benennung kommt von dem Wort *remittere* her, welches, wie es Riccius [29]) erklärt, hier ſoviel heißt, als mandare, ut alter pecuniam ipsi solutam alibi vicissim exsolvat, vel exsolvi

26) De commerciis et cambiis.

27) S. von Martens Verſuch einer hiſt. Entwick. des wahren Urſprungs des Wechſelrechts. §. 18. S. 65.

28) S. Danz Handbuch des heutigen deutſchen Privatrechts 2. B. §. 233.

29) Exercitat. iur. camb. X. de cambiis trassatis. §. 5. not. (*)

solvi procuret. Daher wird auch das Geld, das ein Kaufmann des einen Orts an den Kaufmann eines andern Orts ſchickt, *Remissa* oder *Remesse*, *Rimessa*, ja die traſſirten Wechſelbriefe ſelbſt werden *Remessen* genennt [30]. 2) Der Traſſant, welcher die Valuta oder das Geld empfängt, und den Wechſel dagegen ausſtellt, wodurch er ſich verbindlich macht, das Geld an einem dritten Orte wieder bezahlen zu laſſen; von *trassare*, Etwas von einem Ort auf einen andern ziehen. Er heißt daher auch *Tractans*, oder *Trahens*, der Zieher, ferner *Dator litterarum cambialium*, der Ausgeber des Wechſelbriefs, der Wechſelgelder-Nehmer. Ferner *Campsor*, *Cambist*, *Collybista*. Dieſer iſt nun der eigentliche Wechſelſchuldner. Von dieſem wird auch die Wechſelſumme, ſo wie der Wechſelbrief, *Trassa* oder *Tratta* genennt. 3) Der Präſentant, oder *Campsarius*, welcher das Geld an dem beſtimmten Orte auf den Wechſel erheben will, er erhält dieſen Namen, weil er den Wechſel demjenigen vorzeigen muß, von welchem er die Bezahlung des Wechſels fordert. Dieſer iſt entweder der Remittent ſelbſt, oder ein anderer, welcher dann blos der Briefinhaber genennet wird. 4) Der Traſſat, auf welchen die Anweiſung wegen Auszahlung des Geldes gegeben worden iſt. Erklärt er ſich zur Zahlung bereit, ſo wird er Acceptant genennt. Dieſer kann auch der Traſſant ſelbſt ſeyn, wenn er den Wechſel an dem dritten Orte durch ſeinen Factor zu bezahlen verſpricht. Kommen bey einem traſſirten Wechſel nicht alle vier Perſonen, ſondern nur drey

30) *Raph. de* TURRI de cambiis Disputat. I. Qu. I. Nr. 35. et 36.

drey oder zwey Hauptperſonen vor, ſo werden ſolche Wechſel contirte oder calculirte Wechſel [31]) genennt.

Wird einer Schuldverſchreibung, welche die Form eines Wechſels nicht hat, ſie ſey über ein Darlehn, oder über einen Kauf u. dgl. ausgeſtellt, die Clauſel eingerückt, vermöge welcher der Schuldner verſpricht, die ſchuldige Summe nach Wechſelrecht zu bezahlen; ſo nennt man eine ſolche mit der Wechſelclauſel verſehene Schuldurkunde einen materiellen Wechſel. Eine ſolche Verſchreibung nach Wechſelrecht hat in der Regel die Wirkung, daß daraus eben ſowohl, als aus einem förmlichen Wechſel, mit Arretirung des Schuldners verfahren werden kann [32]), wofern ihr nicht die Wechſelordnung eines Landes dieſe Wirkung abſpricht [33]). Es iſt jedoch rathſam, dem Schuldner ſich

31) S. Phil. Carl Scherer Handbuch des Wechſelrechts. 1. Th. S. 471. ff.

32) *Io. Flor.* RIVINI Diss. de clausula cambiali. *Lipſiae* 1725. (in BESEKE *Thes. iuris cambial.* P. I. Nr. XIII. p. 275. sqq.) *Chriſt. Gottl.* RICCII Exercit. iur. camb. II. de contractu cambiali. §. 39 — 46. Püttmann Grundſätze des Wechſelrechts §. 59. Phil. Carl Scherer Rechtsfälle in Wechſelſachen Nr. XLVIII. S. 258. ff. u. Deſſelben Handbuch des Wechſelrechts 3. Th. Art. Wechſelbrief. §. 54. S. 319.

33) Beyſpiele geben die Preuß. Wechſelordnung vom J. 1724. §. 39. (in Hrn. v. Zimmerl vollſt. Sammlung der Wechſelgeſetze 2. B. 2. Abh. S. 209.) das allgem. Landrecht für die Preuß. Staaten 2. Th. Tit. 8. §. 1182. Ferner die Bremiſche Wechſelordn. Art. 61. bey Zimmerl 1. B. 2. Abth. S. 188. Auch die Elbinger W. O. Kap. 16. §. 68. bey Zimmerl S. 299. Die Altenburger W. O.

ſich der Einreden des nicht gezahlten Geldes, oder des nicht erfüllten Contracts begeben zu laſſen. Denn wenn gleich mehrere Rechtsgelehrten [34]) dieſe Einreden nach der Strenge des Wechſelrechts anders nicht zulaſſen, als wenn ſie ſogleich erwieſen werden können; ſo ſind doch auch viele anderer Meinung, welche dem Kläger dieſen Beweis aufbürden [35]).

## §. 1073.

### Wechſelproceß.

Die Art des gerichtlichen Verfahrens in Wechſelſachen, welche man den Wechſelprozeß nennt [36]), kommt zwar mit dem Executiv-Prozeß darin überein, daß der Richter dem Beklagten aufgiebt, ſich über die bey der Klage zum Grunde liegende Urkunde in dem dazu anberaumten Termine ohne Weiters zu erklären, und daß keine anderen

Kap. 1. §. 4. bey Zimmerl 1. B. 1. Abth. S. 8. ſpricht bey Bilateral-Contracten der Wechſelclauſel nur dann den Effect ab, wenn nicht der exceptioni non adimpleti contractus entſagt worden iſt.

34) S. RIVINUS cit. Diss. §. 5—8. RICCIUS cit. Exercit. iur. camb. II. §. 42. et 43.

35) BOEHMER Consultat. et Decis. T. III. Cons. 753. nr. 4. LUDOLF Obs. for. P. II. Obs. 179. Qu. 2. Püttmann Grundſätze des Wechſelrechts §. 180. Not. a. Scherer a. a. O. S. 320.

36) *Christ. Gottl.* RICCII Exerc. iuris camb. XVII. de processu cambiali. *Goettingae* 1781. 4. Phil. Karl Scherer Wechſelprozeß mit Rückſicht auf die meiſten bekannten Wechſelgeſetze. Erlangen 1802. 8. u. Deſſelben Rechtsfälle in Wechſelſachen. Frankfurt am Main 1802. 8.

deren Einreden gegen die Klage Statt finden, als welche ſofort liquid ſind; er hat aber das Unterſcheidende, daß der Beklagte, nach wirklich geſchehener oder für geſchehen angenommener Anerkennung des Wechſels, im Falle der Nichtzahlung, ohne Aufſchub in Arreſt gebracht werden kann. Der Beklagte muß alſo in dem zur Anerkennung des Wechſels anberaumten Termine nothwendig in Perſon erſcheinen. Läßt der Kläger einen Anwalt zu, ſo artet der Wechſelprozeß in den Executivproceß aus [37]). Es iſt jedoch dieſer ſtrenge Wechſelprozeß nicht gemeinen Rechts, ſondern findet nur dann Statt, wenn ausdrückliche Geſetze, oder ein erwieſenes Herkommen ihn billigen. Wird daher an einem Orte aus einem Wechſel geklagt, wo der Wechſelprozeß nicht eingeführt iſt, ſo wird der Wechſelbrief blos als eine guarentigiirte Urkunde angeſehen, welche zwar ein Executivverfahren, auch unbedingte Strafbefehle begründet [38]); allein daß der Richter nach der Wechſelſtrenge des Orts, wo der Wechſel ausgeſtellet worden, verfahre, kann der Kläger nicht verlangen, weil fremde Prozeßordnungen dem Richter nie zur Norm dienen [39]).

Gegen die Erben des Wechſelſchuldners kann auch nur executiviſch auf die Bezahlung, nicht aber auf perſönlichen Arreſt geklagt werden, weil mit dem Tode des Wechſelſchuldners die Strenge des Wechſelrechts erlöſcht [40]).



37) Püttmann Grundſätze des Wechſelrechts §. 170. Not. a.

38) Danz Grundſätze der ſummariſchen Prozeſſe. §. 85. Note c. S. 132. der Gönnerſchen Ausgabe.

39) Danz angef. Grundſätze §. 86.

40) *Io. Christph.* FRANCK Institut. iuris cambial. Lib. II. Sect. VII. Tit. 21. §. 5. et 6. und *Vincent.* BAUMANN Diss.

Es kann überdem den Erben das beneficium inventarii nicht abgeſprochen werden [41]). Hätte aber der Erbe auf vorhergegangene Präſentation den Wechſel acceptirt, ſo würde unſtreitig der Perſonalarreſt auch wider ihn Statt finden [42]); ſo wie auch auſſerdem noch an den Orten, wo die Wechſelordnungen die Wechſelſtrenge auch auf die Erben des Wechſelſchuldners ausdehnen [43]).

## §. 1074.

### Indoßirung der Wechſel.

Der Inhaber des Wechſels kann auch einem Andern das Recht übertragen, den Wechſel beyzutreiben. Dieß nennt man den Wechſel **indoßiren** [44]). Eigentlich **indorſiren**, denn das Wort kommt von dorsum her. *Indorsare*, gallice *endosser*, ſagt **Dû Fresne** [45]), est char-

de obligatione heredis ex cambio defuncti debitoris. *Ultraj.* 1752. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. novo Dissertat. iurid. select. in academ. Belgic. habit.* Vol. I. Tom. II. Nr. XII. und in BESEKE *Thes. iuris cambial.* P. I. Nr. XLV. pag. 922. sqq.) **Püttmann** Grundſ. §. 62.

41) **Danz** angef. Grundſätze §. 89.

42) **von Moshamm** Einleitung in das gemeine u. Baieriſche Wechſelrecht §. 70.

43) S. z. B. die **Braunſchweiger** W. O. Art. 4. und die **Würtenbergiſche** W. O. Hauptſt. 7. §. 9.

44) *Christ. Gottl.* RICCII Exercitat. iuris camb. VI. de indossatione cambiorum propriorum. *Goett.* 1780. 4. KLÜGEL Diss. de cessione seu indossamento cambiorum. *Vitemb.* 1770. *Io. Mich.* GRIES Diss. de indossatione litterarum cambialium. *Goettingae* 1795.

45) Glossar. ad scriptores mediae et infimae Latinitatis Voc. *Indorsare.*

chartae dorſum ſeu tergum, vel cujuscunque ſcripti partem averſam, aut exteriorem inſcribere. Ein Indoſſament iſt alſo eine kurze, dem Wechſelbriefe, gewöhnlich auf der umgewandten Seite deſſelben, beygefügte ſchriftliche Erklärung, wodurch der Eigenthümer das Recht, den Wechſel zu erheben, auf einen Andern übertragen hat. Der Wechſel heißt nun ein indoſſirter oder transportirter Wechſelbrief. Derjenige, welcher den Wechſel auf einen Andern überträgt, wird der Indoſſant, der Schuldner, welcher die indoſſirte Wechſelſchuld zu bezahlen hat, der Indoſſat, und derjenige, auf welchen der Wechſel übertragen worden iſt, der Indoſſatar genannt. Durch das Indoſſament wird aber entweder das Eigenthum des Wechſels auf den Indoſſatar übertragen, oder es wird dem letztern nur der Auftrag ertheilt, die Wechſelſumme im Namen des Indoſſanten zu erheben. Jenes wird ein eigentliches Indoſſament, oder *Indoſſamentum in giro* oder *per modum ceſſionis*, dieſes aber ein *indoſſamentum in procura*, oder *per modum mandati* genennt [46]). Erſteres lautet gewöhnlich ſo: Inhalts dieſes zahle Herr N. für mich an H. X. zu Frankfurt. Valuta von demſelben baar erhalten. Erlangen den 1816. Nun folgt die Namens-Unterſchrift des Indoſſanten. Letzteres wird folgendermaſſen abgefaßt: Inhalts dieſes zahle Herr A. für mich an H. B. als welchen ich hier-

46) S. RICCII Exerc. de indoſſatione cambiorum per ceſſionem ſeu de indoſſamento in giro, und Deſſelben Exercit. de indoſſamento cambiorum in procura, ſeu per modum mandati, welche die Sect. II. et III. der Exercit. iuris camb. VI. ausmachen.

hierdurch bevollmächtige das Geld ſtatt meiner zu erheben, oder es ſoll mir validiren, oder gute Zahlung ſeyn. Nun Datum und Namens Unterſchrift. Vermöge des erſtern wird der Indoſſatar Eigenthümer des Wechſels, und er kann die Wechſelſumme entweder für ſich einziehen, oder auch den Wechſelbrief weiter indoſſiren. Man pflegt ein ſolches wiederholt geſchehenes Indoſſament Giro zu nennen. Allein die Ausdrücke Indoſſament und Giro, ſo wie indoſſiren und giriren werden in den Wechſelordnungen ſehr oft als gleichviel bedeutend genommen [47]. Ein Indoſſament in procura macht hingegen den Indoſſatar blos zu einem Bevollmächtigten, er kann daher den Wechſel, ohne ſpecielle Vollmacht des Indoſſanten, nicht weiter indoßiren, ſondern muß, dem Auftrage gemäß, die Gelder einziehen, und ſolche dem Indoſſanten abliefern. Iſt es zweifelhaft, ob ein eigentliches Indoſſament, oder ein bloßes Indoſſament in procura ausgeſtellet worden ſey, ſo iſt eher das letztere, als das erſtere zu vermuthen [48]. Denn ausserdem, daß überhaupt eine Uebertragung des Eigenthums im Zweifel nicht vermuthet wird, und offenbar dem Indoſſatar obgelegen hätte, für die deutlichere Faſſung des Indoſſaments zu ſorgen, da gegen ihn nun billig auch die Auslegung zu machen iſt; ſo iſt ja aus dem Bekenntniß der Valuta zu beurtheilen, welche Art des Indoſſaments habe ausgeſtellet werden wollen [49]. Fehlt es

47) S. RICCII Exercit. iur. camb. VI. Sect. I. de indossatione litterar. cambialium §. 25.

48) S. Scherer Handbuch des Wechſelrechts. 2. Th. Art. Indoſſament §. 5. S. 15. ff.

49) RICCII Exercit. iur. camb. VI. Sect. I. §. 4.

es nun daran, ſo kann man ja das Indoſſament nur für ein ſolches in procura halten [50]).

Da übrigens das auf dem Wechſel befindliche, vermittelſt einer wirklichen Abtretung geſchehene Indoſſement gewiſſermaßen als ein Wechſel anzuſehen iſt, ſo daß daraus wider den Indoſſanten eben ſo wohl, als aus dem Wechſel wider den Wechſelſchuldner, nach Wechſelrecht verfahren werden kann; ſo kommen hier dem Indoſſaten diejenigen Einreden nicht zu ſtatten, die ſonſt bey einer gemeinen Ceſſion dem Ceſſionar entgegengeſetzt werden können [51]).

50) FRANCK Inſtitut. iur. cambial. Lib. I. Sect. II. Tit. 5. § 23. Anderer Meinung iſt LEYSER Meditat. ad Pandect. Spec. CCII. medit. 1. Allein man ſehe MÜLLER Obſervat. pract. ad *Leyſerum* Tom. II. Faſc. II. Obs. 421.

51) S. Püttmann Grundſätze des Wechſelrechts §. 25. und Scherer Handbuch des Wechſelrechts 2. Th. Art. Indoſſament §. 4. b. S. 13. u. ff.

---

Lib. XIX. Tit. V.

# De praeſcriptis verbis et in factum actionibus.

§. 1075.

**Begriff von actio in factum, und ihren verſchiedenen Arten. Unterſchied zwiſchen actio in factum und actio ex facto, auch actio utilis.**

Die in den vorhergehenden Titeln enthaltene Lehre von den ungenannten Contracten veranlaßte dieſen Titel, in welchem von den daraus entſpringenden Klagen gehandelt wird. Das Römiſche Recht unterſcheidet nämlich, wie uns **Papinian**[52]) und **Celſus**[53]) lehren, in Rückſicht auf die Benennung zweyerley Arten von Klagen. 1) Solche, welche von jeher ihre beſtimmte Formel hatten, und mit einem beſondern Namen bezeichnet, öffentlich zu Jedermanns Gebrauche in der Römiſchen Gerichtsordnung bekannt gemacht waren. Dieſe hießen actiones *proditae, vulgares, uſitatae, legitimae*[54]), auch *formulae* oder *actiones*[55]) im eigentlichen Sinn. Dieß ſind die Klagen,

52) *L.* 1. *pr. D. h. t.*

53) *L.* 2. *D. eodem.*

54) *L.* 14. §. 3. *D. eodem.*

55) *L.* 21. *D. h. t.*

gen, von denen ſchon **Pomponius**[56]) erzählt: Deinde ex his legibus (sc. *duodecim tabularum*) eodem tempore fere, actiones compoſitae ſunt, quibus inter ſe homines diſceptarent, quas actiones, ne populus, prout vellet, inſtitueret, certas ſolenneſque eſſe voluerunt: et appellatur haec pars iuris *legis actiones*, id eſt, legitimae actiones; und von welchen auch **Cicero**[57]) ſagt: Sunt iura, *ſunt formulae de omnibus rebus conſtitutae*, ne quis aut in genere iniuriae, aut ratione actionis errare poſſit. Expreſſae ſunt enim ex uniuscuiusque damno, dolore, incommodo, calamitate, iniuria *publicae a Praetore formulae, ad quas privata lis accommodatur.*

2) Solche Klagen, für welche in der römiſchen Gerichtsordnung keine beſondere Formel vorgeſchrieben, auch kein beſonderer Name hergebracht war, ſondern bey welcher die Formel in vorkommenden Fällen immer nach der jedesmaligen Beſchaffenheit der Sache einzurichten war. Dieſe heißen *actiones in factum.* Von dieſen ſagt nun **Papinian** *L.* 1. *pr. D. h. t.* Nonnunquam evenit, ut, *ceſſantibus iudiciis proditis* et *vulgaribus actionibus*, cum proprium nomen invenire non poſſumus, facile deſcendamus ad eas, quae *in factum* appellantur. D. h. zuweilen geſchieht es, daß in einem vorkommenden Falle alle in der römiſchen Gerichtsordnung aufgeführten gemeinen Klagformeln nicht anwendbar ſind; in einem ſolchen Falle muß die Formel nach der Beſchaffenheit

56) *L.* 2. §. 6. *D. de orig. iuris.*

57) Orat. III. *pro Roſcio* Cap. 8. *Barn.* BRISSONIUS de formulis pop. Rom. Lib. II. p. 385. sq.

heit deſſelben abgefaßt werden, und weil die Klage hier keinen eigenen Namen hat, ſo wird ſie *actio in ſactum* genennt. Ganz damit übereinſtimmend, ſchreibt **Celſus** *L. 2. D. eodem:* Nam, cum deficiant *vulgaria* atque *usitata actionum* nomina, *praescriptis verbis* agendum est; und **Pomponius** *L. 11. D. eodem* lehrt: Quia *actionum* non plenus numerus esset, ideo plerumque *actiones in ſactum* desiderantur. Hiermit iſt noch die Stelle **Ulpian's** zu verbinden, welcher *L. 14. §. 3. D. eodem* ſagt: Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat, eamque ego immisso pecore depascam, ARISTO scribit, non sibi occurrere *legitimam actionem*, qua experiri possim: nam neque ex Lege duodecim tabularum de pastu pecoris, quia non in tuo pascitur, neque de pauperie, neque de damni iniuriae agi posse: *in ſactum* itaque erit agendum. Hieraus erklärt ſich denn auch die Conſtitution des Kaiſers **Alexander** *L. 6. Cod. de Transaction.* worin es heißt: aut enim stipulatio conventioni subdita est, et *ex stipulatu actio* competit, aut si omissa verborum obligatio est, utilis actio, *quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat*, danda est. Von derjenigen Art der actio in factum, welche den Beynamen *praescriptis verbis* führt, wird nachher die Rede ſeyn. Ueberhaupt bezeichnet alſo der Ausdruck *actio in ſactum*, wie **Meiſter**[58]) ganz richtig lehrt, actionem deficientibus iure proditis aliis actionibus

58) Diss. de in factum actionibus; in Selector. Opusculor. maxime ad ius civ. eiusq. histor. pertinent. Syll. I. Nr. VII. Cap. II. §. 29. in fin. pag. 371.

bus competentem, ipsamque rem gestam, ex qua propter aequitatem vel analogiam legum oritur, monstrantem. Dieſe Klagen waren nun theils *civiles*, theils *praetoriae*, weil ſie theils durch die Interpretation, theils durch die Jurisdiction waren eingeführt worden [59]. Beyſpiele der erſtern Art führt **Papinian** in folgenden Stellen an.

*L.* 1. §. 1. *D. h. t.* Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit, an merces vehendas locaverit, *civilem actionem in factum* esse dandam, LABEO scribit [60].

*L.* 1. §. 2. *D. eodem.* Item si quis pretii explorandi gratia rem tradat, neque depositum, neque commodatum erit: sed, non exhibita fide, *in factum civilis* subiicitur *actio.*

Ein Beyſpiel von einer actio in factum *praetoria* giebt **Pomponius** *L.* 11. *D. h. t.* wo er ſagt: Sed et eas actiones, quae Legibus proditae sunt, si Lex iusta ac necessaria sit, *supplet Praetor in eo, quod Legi deest.* Quod facit *in Lege Aquilia*, reddendo *actiones in factum accommodatas Legi Aquiliae:* idque utilitas eius Legis exigit [61].

Zu der erſtern Art der actiones in factum, nämlich civiles, gehören die *actiones praescriptis verbis.* Es werden darunter vorzüglich diejenigen Klagen verſtanden, welche aus ungenannten Contracten entſtehen. Cel-

ſus

59) *L.* 13. *D. de Legibus SCtusq. consult.*

60) S. den 14. Th. dieſes Commentars §. 889. S. 227. ff.

61) S. den 10. Th. dieſes Commentars §. 701. S. 335. ff. und *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L.

ſus ſagte nämlich in der bereits oben angeführten Stelle: Nam, cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, *praescriptis verbis agendum* est; und Julian ſetzt *L.* 3. *D. h. t.* zur Erläuterung hinzu: In quam necesse est confugere, quotiens *contractus* existunt, *quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt;* wobey Ulpian *L.* 4. *D. h. t.* noch die Bemerkung macht: Natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia, quam vocabula, und Cajus erinnert *L.* 22. *D. eodem*, placet, quasi de novo negotio, *in factum* dandum esse *iudicium*, id est, *praescriptis verbis.* Nur muß freylich immer dabey ein Vertrag zum Grunde liegen, welcher mit irgend einem benannten Contract eine Aehnlichkeit hat, wie nicht nur Paulus in der bereits oben erklärten *L.* 5. *D. de praescriptis verbis* bey den einzelnen Arten der ungenannten Contracte ausführlich gezeigt hat, ſondern auch aus den Beyſpielen erhellet, welche Ulpian in *L.* 1. §. 9. *D. Depositi*, und *L.* 17. §. 2. *et* 3. *D. de praescr. verb.* aufſtellet. Hat das Geſchäft mit keinem der genannten Contracte eine Verwandſchaft, ſo hat nicht die actio praescriptis verbis, ſondern die actio de dolo, oder die actio in factum praetoria ſtatt [62]). Daher werden die actiones in factum praescriptis verbis auch *actiones utiles* genennt, weil ſie nach dem Beyſpiele der Klagen ſind eingeführt worden, welche aus genannten Contracten entſpringen [63]). In einem andern Sinn theilt jedoch

62) POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. II. pag. 550.

63) *L.* 9. *Cod. de pact.* *L.* 6. *Cod. de Transact.* *Ios. Fern. de* RETES Opusculor. Lib. II. Sect. I. Cap. 8. nr. 1.

doch Anton Faber[64]) die actiones praeſcriptis verbis ein in *neceſſariae* und *utiles*, und nennt erſtere diejenigen, welche in ſolchen Fällen anzuſtellen ſind, wo ſonſt keine andere Klagen Statt finden, welches bey den ungenannten Contracten vorzüglich der Fall iſt; unter den letztern hingegen verſteht er diejenigen, welche zwar mit andern ordentlichen Klagen concurriren, aber im Zweifel am ſicherſten anzuſtellen ſind. Dieß iſt der Fall, wenn die Geſetze ſagen, die ordentliche Klage habe zwar Statt, sed tutius eſſe, praeſcriptis verbis in factum agere, wovon Ulpian *L.* 17. *pr. D. h. t.* und Afrikan *L.* 24. *D. eod.* Beyſpiele geben. Daß die actio praeſcriptis verbis mit einer beſtimmten Contractsklage concurriren könne, lehren auch *L.* 6. *D. de reſcind. vendit.* und *L.* 2. *Cod. de pactis inter emtorem et venditorem compoſitis.* Mit Recht hat daher ſchon Joſeph Fernandez de Retes[65]) bemerkt, daß die actio praeſcriptis verbis nicht blos aus ungenannten Contracten entſtehe, ſondern auch wegen anderer Geſchäfte ſtatt finden könne, welche ſich auf keinen der ungenannten Contracte zurückführen laſſen. Denn ſo kann z. B. die actio praeſcriptis verbis mit dem Interdicto de precario[66]), ferner mit der actio familiae erciſcundae[67]) concurriren. Es kann jedoch eine

64) Rational. in Pand. ad L. 1. pr. D. h. t. in fin.

65) Opuſcul. c. l. Cap. 7. nr. 1.

66) *L.* 2. §. 2. *D. de precario.* *L.* 19. §. 2. *D. eodem.* S. *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejuſtin. pag. 461. not. 64. und *Io. Ger.* VOGEL Diſs. de precario. *Goett.* 1786. §. 2.

67) *L.* 18. §. 2. *D. Familiae erciſc.*

eine actio praescriptis verbis nur aus einem erlaubten Geſchäft entſtehen, nicht aus einem Delict. Hierdurch unterſcheidet ſich dieſe Klage von andern actiones in factum, die auch aus einer unerlaubten Handlung entſtehen können. Bekannt ſind deshalb die actio in factum de calumniatoribus, die actio in factum de effusis vel dejectis, die actio in factum ex alienatione iudicii mutandi causa facta, die actio in factum, si quis missum in possessionem non admiserit, und andere mehr, welche bereits an andern Orten vorgekommen ſind.

Woher die Benennung actio praescriptis verbis entſtanden ſey, wird ſehr verſchieden erklärt. Die Meinung des Hotoman, Cujaz und Alciat hat ſchon Anton Faber [68]) geprüft, jedoch ohne ihnen Beyfall zu geben. Er ſelbſt erklärt ſich darüber ſo. Dicamus igitur melius, ſagt er, actionem praescriptis verbis inventam esse propter controversias Iureconsultorum certantium plerumque de nomine contractus et competentis ex eo actionis, et ita coniicientium miseros litigatores in periculum male ac perperam electae actionis, causaeque ideo amittendae cum expensarum omnium condemnatione. Nec enim poterant tolli melius et evitari eiusmodi controversiae, quam si ageretur sine nomine actionis, secundum quod conventione praescriptum est, narrata conventione, narrato facto, et demonstrata praescriptis verbis rei gestae veritate, ut loquitur *L.* 6. *Cod. de transact.* Etwas anders erklärt dieſe Benen-

68) Rational. in Pand. ad L. 1. pr. D. h. t.

nennung Joseph Fernandez de Retes [69]). Caeterum sagt er, si erant incerta negotia, et sine lege, variique contractus, quales sunt innominati omnes, non poterat certa formula concipi, nec ex contractu reddebatur actio nomine proprio: sed qui iudicio contendere volebat, Praetorem adibat, et negotii facta narratione, actionis formulam ab eo reportabat, *praescriptis*, id est, ante scriptis contractus *verbis;* in hunc forsan modum: *Si apparet L. Titium dedisse millia pondo, ut Sejus insulam fulciret, nec fulsit, Sejum condemna.* Richtiger iſt jedoch die Erklärung des Emund Merille [70]), welcher ſagt: Verius est tamen, *actionem praescriptis verbis* dici, non propter verba conventione praescripta, seu praestituta; sed ob verba praescripta, seu proposita ante actionem. Atque ita voluit HARMENOPULUS intelligere, *προγεγραμμένων συμφώνων*, *praescriptis conventionibus*, quod praescriberentur, seu proponerentur conventiones, ex quibus in factum agebatur: proponebatur, seu praescribebatur conventio, negotium uti gestum erat; et postea ex verbis illis praescriptis in factum agebatur. Veluti, si contractus permutationis initus esset, cum Titius rem suam dedisset Maevio, ut ab eo aliam acciperet: praescribebat Titius, se rem suam dedisse Maevio, ut ab eo aliam acciperet: et ita praescriptis verbis agebat ad id, quod intererat sibi

a

69) Opusculor. Lib. II. Sect. I. cap. 6. nr. 2. (in *Thes. Meermann.* Tom. VI. p. 102.)

70) Variant. ex Cujacio Lib. I. cap. 29.

a Maevio rem datam non fuiſſe, uti convenerat. Dieſer Erklärung giebt auch Meiſter [71]) ſeinen Beyfall, und er hat ſie durch neue Gründe noch mehr beſtärkt. Das Reſultat iſt in den Worten zuſammengefaßt: Hinc *actio praeſcriptis verbis* appellatur, quia concipitur eius formula ex conventione a cliente patrono cauſae ſeu Iureconſulto ante ſcripta vel propoſita. Ich habe dieſe Erklärung ſchon an einem andern Orte [72]) auch zu der meinigen gemacht.

Von den actiones in factum unterſcheidet **Ulpian** *L.* 25. §. 1. *D. de obligat. et act.* die *actiones ex facto.* Darunter werden ſolche Klagen verſtanden, welche aus einem Delict entſtehen, worauf durch ein beſtimmtes Geſetz eine gewiſſe Strafe geſetzt worden iſt, wie z. B. die actio ex damno iniuria dato, quod vindicat Lex Aquilia.

Verſchieden von jenen Klagen ſind auch endlich die actiones utiles in dem Sinne, wo darunter diejenigen Klagen verſtanden werden, welche durch eine billige Auslegung aus dem Grunde eines Civilgeſetzes abgeleitet worden ſind [73]). So z. B. wird §. 16. *I. de Lege Aquilia* die actio legis Aquiliae utilis von der actio in factum praetoria ausdrücklich unterſchieden.

71) Diſs. de in factum actionibus. §. 32. *Opuſc.* Tom. I. pag. 378.

72) §. 1068. S. 80.

73) S. HOMMEL Rhapſod. quaeſtion. in foro quotidie obvenient. Vol. IV. Obs. 537. nr. 8.

Lib. XX. Tit. I.

# De pignoribus et hypothecis, et qualiter ea contrahantur: et de pactis eorum.

§. 1076.

Natur, Zweck, und Wirkung des Pfandrechts.

Pfänder und Hypotheken ſind das allgemeine Verſtärkungsmittel aller Verbindlichkeiten, ſo weit deren Erfüllung aus dem Vermögen des Schuldners geſchehen kann. Sie ſind alſo, ſagt Hellfeld, als accessoria contractuum anzuſehen. Darum haben die Verfaſſer der Pandecten nach den Contracten und den daraus entſtehenden Klagen davon gehandelt. In dem Edictum perpetuum ſtand dieſer Titel an dem Orte nicht, welchen er jetzt in den Pandecten einnimmt. Denn Ulpian handelte erſt im 73. Buch über das Edict vom Pfandrecht, von den Contracten aber ſchon im 32. Buche, wie die Ueberſchriften der daraus in die Pandecten aufgenommenen Fragmente beweiſen. Der Titel de pignoribus et hypothecis ſcheint alſo in dem Edict ziemlich gegen das Ende geſtanden zu haben, ſo wie auch in dem Codex erſt im achten Buche davon gehandelt wird. Juſtinian giebt in ſeiner Conſtitution Omnem reipublicae *de Conceptione Digestorum* §. 4. einen doppelten Grund an, warum er hier

hier von der Ordnung des Edicts abgewichen ſey: 1) ne *liber ad hypothecariam formulam*, ſagt er, quem oportuno loco, in quo *de hypothecis* loquimur, posuimus, *cum aemula sit pigneratitiis actionibus*, quae in libris de rebus positae sunt, abhorreat eorum vicinitatem; 2) ne *pignora* et *hypothecae* a venditionibus caeterisque contractibus, *quorum quasi ministrae sunt*, vicinitate ulterius divagentur. Die Römiſchen Ausdrücke *pignus* und *hypotheca* ſind ſchon an einem andern Orte [74]) erklärt worden. Hier wird das Wort *pignus* für Pfandrecht genommen, in ſofern darunter, im weitern Sinne, das einem Gläubiger zur Sicherheit ſeiner Forderung an der Sache eines Andern zuſtehende dingliche Recht verſtanden wird, vermöge welchen er ſich in dem Falle, da die Schuld nicht gebührend bezahlt wird, durch den Verkauf der Sache für ſeine Forderung bezahlt machen kann [75]). Ein ſolches Pfandrecht kann nun auf eine doppelte Art beſtellet werden, näm-

74) S. den 14. Th dieſes Commentars §. 861.

75) Die vorzüglichſten Schriften ſind *Fr.* BALDUINUS de pignoribus et hypothecis *Basiliae* 1557 8. (in HEINECCII *Iurispr. Rom. et Att.* Tom. I.) *Reinh.* BACHOVIUS de pignor. et hyp. *Francof. et Rostochii* 1656. 4. Ernſt Chriſt. Weſtphal Verſuch einer ſyſtemat. Erläuterung der ſämmtlichen Röm. Geſetze vom Pfandrechte. Halle 1770 und 1794 8 *Io. Henr. Christ.* ERXLEBEN Principia de iure pignorum et hypothecarum. *Goett.* 1779. F. C. Geſterding Lehre vom Pfandrecht, nach Grundſätzen des Röm. Rechts dogmatiſch, polemiſch dargeſtellt. Greifswald 1816. 8. und *Car. Phil. Henr.* THIERBACH Historia iuris civ. de pignoribus. Specim. I. praes. *Io. Godofr.* MÜLLERO def. *Lipsiae* 1814. 4.

nämlich entweder ſo, daß die Sache, welche dem Gläubiger Sicherheit gewähren ſoll, ihm auch zu dieſem Zweck überliefert wird, oder ſo, daß ihm dieſelbe zum Zweck ſeiner Befriedigung blos angewieſen wird, ohne ihm zugleich den Beſitz derſelben einzuräumen. Das Pfandrecht im erſten Falle wird Pfandrecht im engern Sinn, im zweyten aber Hypothek genennt [76]). Beydes iſt zwar in Abſicht auf das dingliche Recht ſelbſt, und deſſen Verfolgung, nur der Benennung nach [77]), in anderer Hinſicht aber auf mancherley Art unterſchieden, wie auch ſchon an einem andern Orte [78]) ausgeführt worden iſt. Das erſtere ſcheint jedoch, als das einfachſte und natürlichſte, urſprünglich die einzige Art der Verpfändung bey den Römern geweſen zu ſeyn, wie auch die legale Etymologie des Worts pignus zu erkennen giebt [79]). Daß dem Gläubiger die Sache des Schuldners verhaftet ſeyn könne, obgleich er ſie nicht in ſeinem Beſitz hat, ſetzt ſchon verfeinerte Begriffe voraus, wozu die Römer erſt in ſpäteren Zeiten fortſchritten [80]). Die Verpfändung durch Uebertragung



76) *L.* 9. §. 2. *D. de pign. act.* §. 7. *I. de action.*

77) *L.* 5. §. 1. *D. h. t.* Inter *pignus* et *hypothecam* tantum nominis sonus differt. §. 7. *I. de actionibus.* Inter *pignus* autem et *hypothecam* (quantum *ad actionem hypothecariam* attinet) nihil interest.

78) S. den 14. Th. dieſes Commentars §. 861. S. 2. ff.

79) *L.* 238. §. 2. *D. de Verb. Signif.* PIGNUS appellatur a pugno: *quia res, quae pignori dantur, manu traduntur*: unde etiam videri potest, verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui.

80) S. Hugo Lehrbuch der Geſchichte des Röm. Rechts. §. 320. 5te Auflage und Geſterding Lehre vom Pfandrecht. §. 1. S. 2.

tragung des Beſitzes geſchieht nun durch den **Pfandcontract**, woraus perſönliche Rechte und Verbindlichkeiten unter den Partheyen erwachſen, wo auch wegen irgend eines Mangels kein Pfandrecht entſteht, wenn nur die Sache zum Zweck deſſelben überliefert war [81]). Hiervon iſt ſchon oben Lib. XIII. Tit. 7. (Th. 14.) ausführlich gehandelt worden. **Hypothek** aber wird durch bloßen Vertrag beſtellet. Dieſe Art der Verpfändung, welche ohne Tradition der Sache geſchieht, verdankt dem Edict des Prätors ihren Urſprung, ihre nachherige Erweiterung aber der Interpretation [82]). Von dieſer Verpfändung iſt **Ulpian** zu verſtehen, wenn er *L.* 1. *pr. D. de pign. act.* ſagt: *Pignus* contrahitur etiam *nuda conventione*, etsi non traditum est.

Das Pfandrecht wird alſo

I. zur Sicherheit einer Forderung beſtellt. Es iſt folglich ſeiner Natur nach ein blos **acceſſoriſches Recht**, und ſetzt eine Verbindlichkeit voraus, welche durch daſſelbe zur Hauptverbindlichkeit, ſo wie das derſelben correſpondirende Recht des Gläubigers durch daſſelbe zum Hauptrecht wird [83]). Die Wirkung des Pfandrechts hängt daher lediglich von der Beſchaffenheit der Hauptverbindlichkeit ab. Hieraus folgt, 1) daß alle Einreden, welche der Hauptſchuld entgegenſtehen, auch das derſelben wegen eingeräumte

81) *L.* 9. *§.* 4. *L.* 11. *§.* 2. *L.* 16. *§.* 1. *L.* 22. *§.* 2. *D. de pigner. actione.*

82) S. THIERBACH Historia iuris civ. de pignoribus. §. 7. und dieſes Commentars Th 14. §. 862. S. 12. ff.

83) *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris. Lib. II. cap. 12. nr. 1. sqq.

räumte Pfandrecht zugleich mit treffen [84]). So wie demnach derjenige, welcher in der Hofnung, Geld zu erhalten, einen Schuldſchein ausgeſtellet hat, wenn er unter zwey Jahren auf die Bezahlung der Schuld aus ſeiner Handſchrift belangt wird, ſich mit der exceptio non numeratae pecuniae ſchützen kann; ſo kann er auch, wenn wegen der Schuld Hypothek gegeben worden iſt, dieſe nämliche Ausflucht der hypothekariſchen Klage entgegenſetzen; und hätte etwa der Ausſteller des Schuldſcheins vor Empfang des Geldes dem Inhaber deſſelben die Pfänder übergeben, ſo kann er, wenn er nachher das Geld nicht erhält, nicht nur mit der Eigenthumsklage, ſondern auch mit der actio pigneratitia directa ſeine Pfänder zurückfordern. Sollte ihm dann etwa der Pfandinhaber die Ausflucht der geſchehenen Verpfändung entgegenſtellen, und von ihm verlangen, daß er zuförderſt die Schuld bezahlen ſolle, ſo kann der Verpfänder mit Recht repliciren, daß ihm das Geld noch nicht gezahlt ſey, und alſo der Beklagte das Pfand ohne rechtmäßige Urſache beſitze. Denn auch hier hat der Pfandgeber bey der Zurückforderung des Pfandes binnen zwey Jahren die Vermuthung für ſich, daß er das Geld noch nicht erhalten habe.

*L.* 1. *Cod. VIII.* 33. *Si pignoris conventionem numeratio pecuniae secuta non fuerit.* Si pecuniam tibi non esse numeratam, atque ideo frustra cautionem emissam adseris, et pignus datum probaturus es, *in rem experiri potes:* nam *intentio* [85]) *dati pigno-*

84) *L.* 2. *D. Quae res pignori.* Weſtphals Pfandrecht §. 6.

85) Das Wort *intentio* heißt hier eben ſoviel als exceptio. In den Baſiliken ſteht παραγραφή.

*pignoris*, *neque redditae pecuniae*, non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit [86]). Eademque ratione veritas servetur, si te possidente pignus, adversarius tuus agere coeperit.

*L.* 11. §. 2. *D. de pignerat. act.* Si quasi daturus tibi pecuniam, pignus accepero, nec dedero, pigneratitia actione tenebor, et nulla solutione facta.

2) Iſt die Hauptverbindlichkeit, zu deren Beſtärkung die Verpfändung geſchehen iſt, von den Geſetzen für durchaus ungültig erklärt, ſo iſt auch das beſtellte Pfandrecht, als ſolches, ungültig, und es kann dem vermeintlichen Gläubiger deshalb nie die hypothekariſche Klage zuſtehen. Dieß iſt der Fall bey ſolchen Verpfändungen, welche wegen einer verbotenen Spielſchuld, ingleichen von einem gerichtlich erklärten Verſchwender, ferner von einem Pupillen ohne des Vormunds Einwilligung, oder von einer Frauensperſon zur Beſtärkung einer übernommenen Bürgſchaft geſchehen ſind [87]).

3) Iſt hingegen die Hauptverbindlichkeit durch die bürgerlichen Geſetze nicht ganz vernichtet, ſondern nur in Anſehung ihrer gerichtlichen Wirkung beſchränkt, ſo kann wegen einer ſolchen, wenn auch gleich nicht klagbaren Forderung, ein gültiges Pfandrecht ſtatt finden. **Ulpian** ſagt dieſes

*L.* 14.

86) Der Pfandinhaber muß alſo die Auszahlung des Darlehns beweiſen, auſſerdem iſt ſeine Ausflucht ohne Wirkung. Der Kläger hingegen braucht hier weiter nichts, als die geſchehene Verpfändung zu beweiſen, wofern ſie der Beklagte nicht von ſelbſt einräumt. S. Weſtphal §. 7. Not. 18. b.

87) S. den 14. Th. dieſes Commentars §. 864. S. 41. f.

*L.* 14. §. 1. *D. h. t.* ausdrücklich: Ex quibus casibus *naturalis obligatio*[88]) consistit, pignus perseverare constitit. Es verſteht ſich aber, daß in dieſem Falle dem Gläubiger wegen des Pfandrechts auch nur dieſelbe beſchränkte Art der Rechtsverfolgung, wie in Anſehung der Hauptſchuld ſelbſt, zuſtehen könne. Wenn daher dem Gläubiger bey einer obligatio naturalis kein Klagerecht zuſteht, wie z. B. im Falle des Senatusconsulti Macedoniani; ſo kann er zwar nicht auf Abtretung des Pfandes klagen, wohl aber kann er, wenn er in dem Beſitz deſſelben ſich befindet, ſein Pfandrecht durch Retention der Sache, und, wenn der Schuldner keine Zahlung leiſtet, auch durch Veräuſſerung derſelben geltend machen[89]).

4) Da das Weſen des Pfandrechts darin beſteht, daß es zur Sicherheit einer Schuldforderuung gereichen ſoll, ſo folgt, daß wenn die Hauptſchuld ganz getilgt iſt, auch das derſelben wegen eingeräumte Pfandrecht erlöſche[90]). Dahingegen bleibt die ganze Forderung des Gläubigers gültig, wenn gleich durch den Untergang des Pfandes das Pfandrecht aufhört[91]). Sollte indeſſen nur die

88) *Obligatio naturalis* heißt bekanntermaßen im ſtrengſten Verſtande des Civilrechts eine ſolche Verbindlichkeit, welche den völligen gerichtlichen Effect, welcher in der Regel mit einer Zwangspflicht verbunden iſt, nicht hervorbringt. S. Weber Syſt. Entwik. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 55.

89) S. den 14. Th. dieſes Commentars §. 864. S. 43. f.

90) *L.* 13 §. 4. *et L.* 16. §. 3. *D. h. t. L.* 9. §. 3. *D. de pign. act.* S. den 14. Th. dieſes Comm. §. 869. und §. 871.

91) *L.* 25. *Cod de pignorib.* Servo, qui fuerat pignori obligatus, defuncto, debiti permanet integra petitio.

die der Forderung wegen dem Gläubiger zuſtehende Perſonalklage durch Verjährung, oder durch eine verſchuldete Verſäumniß im Prozeß, erloſchen ſeyn, ſo kann, weil dadurch die Verbindlichkeit des Schuldners ſelbſt nicht aufgehoben wird, das Pfandrecht doch noch fortdauern, wie Kr. **Gordian** reſcribirt *L.* 2. *Cod. de luitione pignoris:* Intelligere debes, vincula pignoris durare, *personali actione submota* 92).

II. Das Pfandrecht kann ſeinem Zweck nach nur an einer Sache Statt finden, welche in Anſehung des Gläubigers eine fremde Sache iſt. Die Verpfändung iſt daher ungültig, wenn dem Gläubiger, obgleich ohne ſein Wiſſen, ſeine eigene Sache zum Pfande gegeben wird, welche der Schuldner in gutem Glauben als ſein Eigenthum beſaß. **Julian** ſagt *L.* 33. §. 5. *D. de Usurpat. et Usucap.* Si rem tuam, cum bona fide possiderem, pignori tibi dem, ignoranti tuam esse, desino usucapere: *quia non intelligitur quis suae rei pignus contrahere;* und in der *L.* 45. *D. de diversis reg. iuris* heißt es: Neque *pignus*, neque depositum, — neque locatio *rei suae* consistere potest. Aus gleichem Grunde hört die Sache auf Pfand zu ſeyn, wenn der Gläubiger nachher Eigenthümer derſelben wird, wenn er ſie

92) Unrichtig verſtehen die *L.* 2. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 19. und Weſtphal im Pfandrecht §. 9. von dem Falle des vorhergehenden Geſetzes. Richtiger erklären dieſelbe *Ant.* FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. VII. cap. 18. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Ant. Fabrum* Lib. III. Tr. VIII. Qu. 4 — 6. *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. II. cap. 12. nr. 17 — 20. und Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 104.

ſie auch nicht von dem Schuldner, ſondern von einem Dritten erhielt, dem die Sache eigenthümlich gehörte, welche der Verpfänder in gutem Glauben von einem Nichteigenthümer gekauft hatte. So lehrt **Julian** *L.* 29. *D. de pign. act.* Si rem alienam bona fide emeris, et mihi pignori dederis, ac precario rogaveris, deinde me dominus heredem inſtituerit, *deſinit pignus eſſe:* et ſola precarii rogatio ſupererit: idcirco uſucapio tua interpellabitur; und **Paulus** ſagt *L.* 30. §. 1. *in fin. D. de except. rei iudicatae* — Neque enim poteſt pignus perſeverare, *domino conſtituto creditore.*

III. Das Pfandrecht iſt ferner ſeiner Natur nach untheilbar, wenn gleich die Forderung des Gläubigers, wegen welcher es beſtellet worden, eine Theilung zuläßt [93]. Dieſe Untheilbarkeit des Pfandrechts äuſſert ſich 1) darin, daß das Pfand nicht eher frey wird, als bis die ganze Schuld bezahlt iſt. Hat alſo a) der Gläubiger mehrere Sachen zum Pfande erhalten, ſo iſt er nicht eher ſchuldig eine davon freyzugeben, als wenn er die ganze Schuld, welche darauf haftet, erhalten hat, weil die Schuld auf jedem Object ganz ruhet [94]. b) Stirbt der Gläubiger, und

93) *Fr.* BALDUINUS de pignoribus Cap. XIV. pag. 85. *Ioſ. Fern. de* RETES Comm. de dividuis et individuis obligationibus. Praelud. IV. (in *Theſ. Meerman.* Tom. VII. pag. 607. ſq.) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. und Weſtphal Pfandrecht §. 33.

94) *L.* 19. *D. h. t.* Qui pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare, niſi accepto univerſo, quantum debetur.

und hinterläßt mehrere Erben, ſo kann zwar jeder Miterbe gegen den Schuldner nur auf ſeinen Antheil klagen; wenn aber der Schuldner keine Zahlung leiſtet, ſo kann jeder das ganze Pfand in Anſpruch nehmen [95]). Eben ſo haftet c) jeder Erbe des Schuldners, wenn deren mehrere ſind, nicht blos wegen ſeines Antheils, ſondern für die ganze Schuld, wenn er das Pfand beſitzt, er mag es ganz oder zum Theil beſitzen [96]) Hätte er daher nur etwa ſeinen Antheil an der Pfandſchuld bezahlt, ſo hat er dadurch noch nicht den geringſten Theil des Pfandes freygemacht, weil das Pfandrecht nicht eher aufhört, als bis die ganze Schuld getilgt iſt [97]). d) Wenn von mehreren Erben des verſtorbenen Gläubigers einer von dem Schuldner ſeine Bezahlung erhalten hat, ſo kann dieſes den übrigen Miterben, in Abſicht auf die Verfolgung des Pfandrechts, nicht zum Nachtheil gereichen. Sie halten ſich dennoch an das ganze Pfandſtück, und ſuchen durch Veräuſſe-

95) *L.* 1. *Cod. VIII.* 32. *Si unus ex pluribus heredibus creditoris.* Manifesti et indubitati iuris est, defuncto creditore, multis relictis heredibus, actionem quidem personalem inter eos Lege duodecim tabularum dividi: *pignus vero in solidum unicuique teneri.*

96) *L.* 2. *Cod. eodem.* Actio quidem personalis inter heredes pro singulis portionibus quaesita scinditur: pignoris autem iure multis obligatis rebus, quas diversi possident, *cum eius vindicatio non personam obliget*, *sed rem sequatur*, qui possident, tenentes non *pro modo singularum rerum substantiae* conveniuntur, sed *in solidum*, ut vel *totum debitum reddant*, vel *eo*, *quod detinent*, *cedant.*

97) *L.* 16. *Cod. de distr. pignor.* *L.* 1. *Cod. de luit. pign.*

äuſſerung deſſelben ihre Befriedigung zu erhalten. Damit jedoch der Schuldner nicht in Schaden komme, ſo müſſen die übrigen Miterben ihm freylich das wieder erſetzen, was er einem der Miterben bezahlt hat. Denn der ſchon befriedigte Miterbe giebt nichts wieder heraus, weil er das, was er von dem Schuldner erhielt, zu fordern berechtiget war; er kann ſelbſt dann nicht in Anſpruch genommen werden, wenn auch nachher das aus der Veräuſſerung des Pfandes gelöſete Geld zur Befriedigung der übrigen Miterben unzureichend wäre, und auch dem Schuldner weitere Zahlung zu leiſten unmöglich ſeyn ſollte [98]. Dieß iſt es, was **Ulpian** *L.* 11. §. 4. *D. de pignor. act.* ſagt: Si creditori plures heredes exstiterint, et uni ex his pars eius solvatur, non debent caeteri heredes creditoris injuria adfici: *sed possunt totum fundum vendere, oblato debitori eo, quod coheredi eorum solvit.* Quae sententia non est sine ratione.

2) Wegen der Untheilbarkeit des Pfandrechts haften auch mehrere Verkäufer einer damit beſchwerten Sache im Falle der Entwährung in solidum, wenn der Gläubiger von dem Käufer die Abtretung des Pfandes verlangt hat. Hierher gehört, was **Papinian** *L.* 65. *D. de evictionib.* ſagt: Rem hereditariam pignori obligatam heredes vendiderunt, et evictionis nomine pro partibus hereditariis spoponderunt: cum alter pignus pro parte sua liberasset, rem creditor evicit. Quaerebatur, an uterque heredum conveniri possit? Idque placebat, *propter indivisam pignoris*

98) S. Weſtphal's Pfandrecht §. 33. Not. 52. S. 82. a. E.

*ris cauſam:* nec remedio locus eſſe videbatur, ut per doli exceptionem actiones ei, qui pecuniam creditori dedit, praeſtarentur: quia non duo rei facti proponerentur. Sed *familiae erciſcundae iudicium* eo nomine utile eſt. Nam quid intereſt, unus ex heredibus in totum liberaverit pignus, an vero pro ſua duntaxat portione, cum coheredis negligentia damnoſa non debet eſſe alteri. Zwey Erben des Schuldners hatten ein mit Hypothek behaftetes Grundſtück verkauft, und ſich wegen der Entwährung nach dem Verhältniß ihrer Erbtheile dem Käufer verpflichtet. Einer von denſelben hatte nachher dem Gläubiger ſeinen Antheil an der Schuld bezahlt, ſoweit es ihm ſeiner Seits oblag, um die Hypothek zu löſchen. (Dieß iſt der Sinn der Worte: *cum alter pignus pro parte ſua liberaſſet.*) Denn eine bloße Zahlung auf Abſchlag wirkt für keinen Theil eine liberatio pignoris [99]. Weil jedoch der andere Miterbe nicht zahlte, ſo wurde die Hypothek ausgeklagt, und das Pfand von dem Gläubiger evincirt. Daß hier das abgerechnet werden mußte, was der andere Miterbe dem Gläubiger für ſeinen Antheil ſchon bezahlt hatte, verſtand ſich von ſelbſt [100]. Allein nun entſtand die Frage, welcher von beyden Miterben dem Käufer wegen der Entwährung hafte? Hatte dieſer etwa nur eine Klage gegen denjenigen Erben, welcher den Gläubiger nicht bezahlt, und deswegen die Eviction veranlaßt hatte? Nein. **Papinian** entſcheidet dieſe Frage

99) S. POTHIER Pandect. Iuſtinian. T. I. Lib. XXI. Tit. 2. Nr. XLVI. not. c.

100) S. Weſtphal a. a. O. S. 83.

Frage vielmehr dahin, daß beyde Erben von dem Käufer belangt werden könnten, und zwar wegen der Untheilbarkeit des Pfandrechts. Dieß heißt hier *propter indivisam*, id est, individuam *pignoris causam.* Dieſe Untheilbarkeit machte, daß auch demjenigen, welcher dem Gläubiger ſeinen Schuldantheil bezahlt hatte, in Anſehung ſeines verkauften Antheils an dem Grundſtück keine Befreyung in Abſicht auf die hypothekariſche Verpflichtung zu ſtatten kam. Denn durch die Bezahlung hatte er ſich bloß von dem perſönlichen Anſpruche des Gläubigers befreiet; allein nicht das Pfand, welches noch wegen des Reſts der Pfandſchuld haftete, und nur erſt durch die Bezahlung der ganzen Schuld frey werden konnte [1]). Er blieb alſo als Mitverkäufer dem Käufer, wegen der Entwährung, noch für ſeinen Antheil verbindlich, ſo wie er ſich auch demſelben verpflichtet hatte. Da ihm indeſſen, als Miterben, mehr nicht zu bezahlen oblag, als er dem Gläubiger ſchon bezahlt hatte, ſo mußte er billig von ſeinem Miterben entſchädiget werden. Was wird ihm aber deswegen für ein Rechtsmittel zuſtehen? Kann er etwa dem Käufer die exceptio doli entgegenſetzen, und mittelſt derſelben verlangen, daß er ihm die Klage gegen den Miterben cedire, welcher nicht bezahlt hatte? Nein, weil ſich dieſelben wegen der Entwährung nicht in solidum verpflichtet hatten. Der Käufer konnte alſo von Jedem der Mitverkäufer nicht mehr als die Hälfte des Reſts fordern. Da alſo der Beklagte nur ſeinen Antheil, aber nicht für ſeinen Miterben zahlte, ſo konnte er auch gegen

1) *L. 2. Cod. VIII. 29. Debitorem vendition. pignoris impedire non posse.*

gegen ihn keine iura cessa verlangen. Dem Miterben, welcher jetzt mehr bezahlt hatte, als ihm nach dem Verhältniß ſeines Erbtheils oblag, blieb alſo kein anderes Mittel gegen den andern Erben übrig, als die Erbtheilungsklage [2]). Endlich iſt noch 3) aus der Untheilbarkeit des Pfandrechts zu erklären, daß dem Miterben, welcher eine Pfandſchuld vor noch ungetheilter Erbſchaft ganz bezahlt hat, gegen die übrigen Miterben nicht blos die actio negotiorum geſtorum, ſondern auch die actio familiae erciscundae geſtattet wird [3]). Zuweilen kann jedoch auch das Pfandrecht theilbar ſeyn. Dieſer Fall tritt bey dem Pfandrechte ein, welches die Geſetze wegen der Vermächtniſſe auf diejenigen Güter des Erblaſſers gelegt haben, die dem damit beſchwerten Erben oder Legatar zufallen. Hier ſind die Antheile der einzelnen Miterben nur in ſo weit verhaftet, als die perſönliche Klage gegen ſie anwendbar iſt [4]). Daß aber ein Miteigenthümer blos ſeinen Antheil an der gemeinſchaftlichen Sache verpfänden kann,

2) S. CUJACIUS in Papiniano ad h. L. *Operum poſtum.* Tom. I. pag. 185. edit. *Fabrot.* und *Chriſtfr.* WAECHTLER Comm. ad Tit. Dig. de evictionibus h. L. in *Opuscul.* a TROTZ edit. pag. 146. sqq.

3) *L.* 3. *Cod. de negot. geſt.* S. Weſtphal §. 33. Not. 52. a. E. und den 11. Th. dieſes Commentars §. 735. S. 113 bis 116.

4) *L.* 1. §. 1. *Cod. VI.* 43. *Communia de legatis.* — In omnibus autem huiusmodi casibus in tantum et *hypothecaria* unumquemque conveniri volumus, *in quantum perſonalis actio adverſus eum competit.* S. Weſtphal §. 98.

kann [5]), macht das Pfandrecht ſelbſt nicht theilbar. Wird die Sache nachher getheilt, ſo haftet das Pfandrecht nicht gerade auf der Hälfte, welche der verpfändende Miteigenthümer nun zu ſeinem Antheile erhalten hat, ſondern es bleibt auf beyden abgeſonderten Theilen zur Hälfte deren Werths [6]).

Soviel IV. die **Wirkung des Pfandrechts** anbetrifft, ſo erſtreckt ſich dieſelbe, wenn das Pfandrecht ſchlechthin und unbeſtimmt der Forderung wegen dem Gläubiger ertheilt iſt [7]),

A) in Rückſicht ihres Umfangs, nach der richtigeren Meinung, nicht blos auf die Hauptſchuld, ſondern auch, ohne beſondere Verabredung, auf die damit verbundenen Nebenforderungen [8]). Dahin gehören

1) **Zinſen**, und zwar nicht nur Verzugszinſen [9]), ſondern auch Conventionalzinſen, inſofern ſie nämlich zur Zeit

5) *L. un. VIII. 21. Cod. Si communis res pignori data sit.* S. Schweppe Röm. Privatrecht. 1. Band §. 295.

6) *L. 7. §. 4. D. Quib. mod. pign. solvitur.*

7) Ein Anders wäre, wenn das Pfandrecht ausdrücklich nur auf das Capital oder auf die Zinſen wäre beſchränkt worden. *L. 11. §. 3. D. de pign. act.* Denn es kommt auch hier zunächſt darauf an, quod actum est.

8) In der Theorie wird darüber ſehr geſtritten. S. Weber Erörterung der Frage, ob und in wiefern das Pfandrecht ſich auſſer dem Kapital auch auf Zinſen, Koſten und Conventionalſtrafe erſtrecke, wenn deshalb keine ausdrückliche Verabredung vorhanden iſt. In Deſſelben Verſuchen über das Civilrecht und deſſen Anwendung S. 151. ff. und Geſterding Lehre vom Pfandrecht §. 3. S. 36 ff.

9) PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 13.

Zeit der Verpfändung ſchon bewilliget waren, und nicht erſt nachher verſprochen worden ſind[10]). Steht indeſſen ſolcher Zinſen wegen, wozu ſich der Schuldner erſt nach der Verpfändung verbindlich gemacht hat, auch gleich dem Gläubiger die hypothekariſche Klage nicht zu, ſo iſt er doch, ſofern er in dem Beſitz des Pfandes ſich befindet, und es nur mit dem Schuldner, oder deſſelben Erben zu thun hat, nicht nur das Pfand bis zu deren Bezahlung zurückzubehalten befugt, ſondern er kann auch, wenn keine Bezahlung der Schuld erfolgt, am Ende die rechtliche Veräuſſerung des Pfandes bewirken, und ſich auch wegen dieſer Zinſen bezahlt machen[11]).

2) Conventionalſtrafe, ſofern ſich der Schuldner zur Zeit der geſchehenen Verpfändung zur Bezahlung derſelben anheiſchig gemacht hatte[12]).

3) Die

10) *L. 4. Cod. de Usuris.* Per retentionem pignoris usuras servari posse, de quibus praestandis convenit, licet stipulatio interposita non sit, merito constitutum est, et rationem habet: *cum pignora conventione pacti etiam usuris obstricta sint.* (Das heißt nicht wenn, ſondern weil bey einer überhaupt geſchehenen Verpfändung das Pfandrecht ſich nach der Verabredung des Vertrags auf die Zinſen mit erſtreckt.) Sed enim in causa, de qua agis, haec ratio cessat, siquidem tempore contractus de minoribus usuris petendis convenit, *postea autem cum se debitor praestaturum maiores repromisit, non potest videri rata pignoris retentio:* quando eo tempore, quo instrumenta emittebantur, non convenit, ut pignus etiam ad hanc adjectionem teneatur.

11) *L. 22. Cod. de Usuris. L. 8. §. 5. D. de pignerat. actione. L. un. Cod. Etiam ob chirograph. pecuniam pign. teneri posse.*

12) *L. 13. §. ult. D. de pignorib.* Idem et *in poena* dicemus

3) Die auf das Pfand verwandte nothwendige Koſten, welche entweder in öffentlichen Abgaben und Steuern beſtehen können, denen der Gläubiger als Pfandbeſitzer ſich unterziehen mußte [13]; oder in ſolchen Koſten, welche die Erhaltung der Sache nothwendig machte. Ob auch die nützlichen Ausgaben hierher zu rechnen ſind, iſt ſtreitig. Herr Prof. Weber [14]) räumt dem Gläubiger in Anſehung derſelben nur ein Retentionsrecht ein. Auch Thibaut [15]) und Schweppe [16]) beſchränken das Pfandrecht nur auf nothwendige Auslagen. Herr Prof. Geſterding [17]) will aber dem Gläubiger auch wegen der nützlichen Verwendungen ein Pfandrecht einräumen, weil die Geſetze nicht unterſcheiden [18]). Ich habe mich darüber ſchon an einem andern Orte [19]) erklärt.

Was

cemus. Dieſem Geſetz ſteht die *L.* 22. *Cod. de Usuris* nicht entgegen. Denn hier iſt von einem ſolchen Falle die Rede, wo dem Gläubiger die Conventionalſtrafe ſelbſt abgeſprochen wurde. Wie konnte alſo das Pfand dafür haften? S. DONELLUS Comment. in Cod. ad h. L. und Geſterding Pfandrecht. S. 49. ff.

13) *L.* 6. *Cod. de pignorib.* In summa debiti computabitur etiam id, quod propter possessiones pignori datas ad collationem viarum muniendarum, vel quodlibet aliud necessarium obsequium praestitisse creditorem constiterit.

14) Angef. Erörterung §. 17. u. 18.

15) Syſt. des Pand. Rechts 2. B. §. 646.

16) Röm. Privatrecht 1. B. §. 294.

17) Pfandrecht S. 44.

18) *L.* 8. §. 5. *D. de pign. act.* Cum pignus ex pactione venire potest, non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob caetera quoque, veluti usuras, et *quae* *in*

Was in dem Falle gilt, wenn ein Pfandrecht durch Vertrag beſtellet worden iſt, iſt auch Rechtens, wenn es auf andere Art, es ſey durch das Geſetz ſelbſt, oder vom Richter durch Immiſſion beſtellet worden iſt. Denn immer geht der Zweck der Pfandbeſtellung dahin, daß der Gläubiger ſeiner Forderuug wegen vollkommen geſichert ſey, und deswegen ſeine völlige Befriedigung erhalte. Sie kann daher nicht blos auf die Hauptſchuld eingeſchränkt werden [20]).

II. Dem Gegenſtande nach, erſtreckt ſich die Wirkung des Pfandrechts nicht blos auf die verpfändete Hauptſache, ſondern auch auf deren Zubehörung, und ſelbſt auf die nachher noch hinzugekommene Vermehrung [21]). Dahin gehören die Früchte der verpfändeten Sache, welche zur Zeit der angeſtellten Pfandklage noch hängen, oder erſt nach der Einlaſſung gezogen worden ſind. Dieſe ſind dem Pfandrecht unbedingt, die vor der Klage percipirten aber nur inſofern unterworfen, als ſie noch wirklich vorhanden ſind, und die Hauptſache zur Befriedigung des Gläu-

*in id impensa sunt.* Allein das Geſetz ſetzt hier Zinſen und Koſten in eine Claſſe, und ſpricht von einem Gläubiger, der das Pfand in Händen hat.

19) S. den 14. Th. dieſes Commentars §. 866. S. 67.

20) Anderer Meinung iſt zwar Ferd. Aug. Meißner vollſt. Darſtellung der Lehre vom ſtillſchweigenden Pfandrechte. 1. Th. §. 14. Allein man ſehe dagegen Schweppe Röm. Privatrecht §. 300. a. E. und Geſterding. §. 3. S. 51.

21) *Franc.* BALDUINUS de pignoribus et hypoth. Cap. 10. und VOET Comm. h. t. §. 3. et 4.

Gläubigers nicht hinreicht [22]). Ferner der Zuwachs des verpfändeten Grundſtücks durch Alluvion [23]); auch der Nießbrauch, wenn er nach dem Tode des Uſufructuars wieder mit der verpfändeten Proprietät vereiniget wird [24]). Iſt ferner eine area verpfändet, ſo hat der Gläubiger auch ein Pfandrecht auf dem darauf geſetzten Gebäude [25]), ſo wie bey einem verpfändeten Gebäude ſich das Pfandrecht auch mit auf den Boden erſtreckt [26]). Dahingegen iſt das Geld, welches aus dem Verkaufe einer verpfändeten Sache gelöſet worden iſt, dem Pfandrechte des Gläubigers eben ſo wenig unterworfen, als das, was wieder mit dieſem Gelde angeſchafft worden iſt [27]). Denn die Regel pretium in locum rei et res in locum pretii succedit, findet hier nicht Statt.

III. In Abſicht auf den **Schuldner** beſteht die Wirkung des Pfandrechts darin.

1) Er bleibt, der Verpfändung ungeachtet, Eigenthümer der verpfändeten Sache. Denn das Pfand ſoll

M 2 nur

22) *L.* 1. §. 2. *D. de pign. act.* *L.* 16. §. 4. *D. eod.* *L.* 3. *Cod. In quib. caus. pignus.* *L.* 1. *Cod. de distract. pignor.* VOET c. l. §. 3. **Weſtphal** Pfandrecht. §. 17. und **Thibaut** Syſtem des Pandectenrechts §. 646.

23) *L.* 16. *pr. D. de pignorib.* *L.* 18. §. 1. *D. de pignerat. actione.*

24) *L.* 18. §. 1. *D. de pigner. act.*

25) *L.* 16. §. 2. *D. h. t.*

26) *L.* 21. *D. de pigner. act.* *L.* 29. §. 2. *D. de pignorib.*

27) *L.* 1. *D. de distr. pign.* *L.* 7. §. 1. *in fin. D. Qui potior. in pign.* *L.* 3. *Cod. In quib. caus. pign. vel hyp. tacite contrah.* VOET h. t. §. 5. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. T. II. §. 1168.

nur zur Sicherheit des Gläubigers dienen [28]). Er kann ſich daher a) gegen jeden unrechtmäßigen Beſitzer, ſelbſt ſogar gegen den Gläubiger, wenn dieſer ſich den Beſitz des Pfandes, bey einer blos beſtellten Hypothek, widerrechtlich anmaßt, der Reivindication bedienen [29]). Nach einer Verordnung des Kaiſers Gordian [30]) ſcheint es zwar, daß die Vindication nur unter der Vorausſetzung Statt finde, wenn der Gläubiger zuvor befriediget worden iſt [31]). Es heißt nämlich: Si dominium eius possessionis, quae pignori data esset, a debitrice domina ad te translatum est, eamque postea creditor vel eius heredes detinere coeperunt: *vindica eam rem*, Praeside provinciae curante, *ut fructuum deducta ratione, residuoque a te oblato, si fuerit satisfactum, ea possessio tibi reddatur.* Allein es iſt dieſe Verordnung offenbar von einem ſolchen Falle zu verſtehen, wo dem Gläubiger der Beſitz des Grundſtücks zu ſeiner Befriedigung war eingeräumt worden. So wenig alſo hier die Schuldnerin ſelbſt das Grundſtück mit der actio pigneratitia eher hätte zurückfordern können, als bis der Gläubiger ſeine Befriedigung erhalten hat; eben ſo wenig konnte ſolches auch der neue Eigenthümer deſſelben, dem das verpfändete Grundſtück, wie es in den Baſiliken [32]) heißt, war geſchenkt worden, unter einer andern Voraus-

28) *L.* 35. §. 1. *D. de pign. act.*

29) Weſtphal Pfandrecht §. 15. und Not. 29.

30) *L.* 9. *Cod. h. t.*

31) Eben dieſes behauptet auch Geſterding im Pfandrecht §. 20. S. 128.

32) Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 2. Const. 46. pag. 44.

ausſetzung, vindiciren [33]). Bey einer Hypothek aber gehört der Beſitz der verpfändeten Sache dem Schuldner, und der Gläubiger kann ihn nicht eher zu ſeiner Befriedigung verlangen, als wenn der Schuldner in mora solvendi iſt [34]). b) Dem Schuldner gehören auch die Früchte des Pfandes, ſofern er ſie nicht dem Gläubiger ausdrücklich oder ſtillſchweigend überlaſſen hat [35]). Er muß aber auch, als Eigenthümer, die Unglücksfälle tragen [36]). c) Der Schuldner behält ferner das Recht, die verpfändete Sache zu veräuſſern, ohne daß dazu die Einwilligung des Gläubigers erfordert wird [37]). Denn die Veräuſſerung iſt dem Gläubiger nicht nachtheilig, weil ſie unbeſchadet ſeines Rechts geſchieht. Res enim cum sua causa transit [38]). Ausnahmen finden jedoch ſtatt, 1) wenn der Gläubiger mit dem Schuldner den Vertrag geſchloſſen hat, daß letzterer das Pfand oder die Hypothek nicht verkaufen ſolle. Ein ſolches pactum, *ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus*, hat nach *L.* 7. §. 2. *D. de distract. pignor.* die Wirkung, daß die demſelben

33) S. CUJACIUS Recitat. ad Cod. h. L. und *Hug.* DONELLUS Comm. ad Cod. h. L.

34) *L.* 5. 7. *et* 8. *Cod. de distract. pignor.*

35) *L.* 23. *pr. D. h. t. L.* 8. *D. In quib. caus. pignus vel hyp. contrah.*

36) *L.* 21. §. 2. *D. de pignor. L.* 5. *Cod. de pigner. act. L.* 6. 8. *et* 9. *Cod. eodem.*

37) *L.* 15. *Cod. de pignor. et hyp. L.* 12. *Cod. de distract. pignor. L.* 10. *Cod. de remiss. pignor. Nov. CXII. cap.* 1.

38) *L.* 18. §. 2. *D. de pigner. act.*

ſelben zuwider geſchehene Veräuſſerung ipso iure nichtig iſt [39]). Auch wollen 2) die Geſetze die Veräuſſerung einer beſonders verpfändeten beweglichen Sache als Diebſtahl behandelt wiſſen, obwohl nicht zu erſehen iſt, daß deswegen die Veräuſſerung ſelbſt ungültig ſeyn ſolle [40]); und 3) einen ſpeciell verpfändeten Sklaven durfte ebenfalls der Schuldner nicht freylaſſen; obwohl bey einer allgemeinen Verpfändung des ganzen Vermögens einzelnen darin begriffenen Sklaven die Freyheit mit der Wirkung geſchenkt werden konnte, daß kein Pfandrecht weiter an ihnen haftete [41]).

2) Wenn auch der Schuldner den Beſitz des Pfandes auf den Gläubiger übertragen hat, ſo wird dennoch eine angefangene Uſucapion dadurch nicht gehindert, ſondern der Schuldner wird in Rückſicht derſelben juriſtiſch eben ſo behandelt, als ob er noch Beſitzer wäre [42]). Ein Anders iſt,

39) Viele legen zwar der *L. 7. §. 2. D. de distr. pignor.* einen andern Sinn bey, und halten die Leſeart für unrichtig. Allein die Richtigkeit derſelben iſt ſchon an einem andern Orte dieſes Commentars Th. 16. §. 976. S. 57. ff. auſſer Zweifel geſetzt worden.

40) *L. 66. pr. D. de furt.* Si is, qui rem pignori dedit, vendiderit eam: quamvis dominus sit, *furtum facit*, sive eam tradiderat creditori, sive *speciali pactione tantum obligaverat*, idque et IULIANUS putat. Man vergleiche noch *L. 19. §. 6. D. de furtis* und Geſterding §. 20 S. 125. f.

41) *L. 3. Cod. de Servo pignori dato manumisso.*

42) *L. 1. §. 15. L. 36. D. de acquir. vel amitt. poss. L. 16. D. de Usurpat. et usucap. L. 33. §. 4. D. eod.* S. von Savigny Recht des Beſitzes. §. 24. S. 281. f.

*Franc.*

iſt, wenn der Gläubiger nachher Eigenthümer der ihm zum Pfande gegebenen Sache wird, z. B. der Eigenthümer hat ihn zum Erben eingeſetzt. Hierdurch erliſcht der Pfandcontract, und die Uſucapion wird unterbrochen [43]).

Endlich ſoviel IV. noch die Wirkung des Pfandrechts in Beziehung auf den Gläubiger anbetrifft, ſo erhält dieſer überhaupt ein dingliches Recht, vermöge deſſen ihm die verpfändete Sache zum Zweck ſeiner Befriedigung, und zwar, wenn die Sache aus mehreren Stücken beſteht, die geſammten Pfandſtücke bis dahin, daß ſeine Forderung völlig getilgt iſt, verhaftet bleiben [44]). Der Beſitz kommt zwar dem Verpfänder zu, wenn er ihn nicht auf den Gläubiger übertragen hat; iſt aber dieſes geſchehen, ſo erlangt hierdurch der Fauſtpfandgläubiger einen wahren juriſtiſchen Beſitz, der ihm das Recht zu Interdicten giebt [45]); er kann dann auch, wie jeder andere Beſitzer, die Sache vermiethen; und dieſes kann ſelbſt an den Schuldner geſchehen, obgleich dieſer Eigenthümer iſt. Denn der Pacht beſteht, als eine locatio possessionis.

*Franc.* DUARENUS Comm. in L. 1. §. 15. D. de acquir. vel amitt. possess. *Oper.* pag. 626. GALVANUS de Usufructu Cap. 33. pag. 456. *edit. Tübing.*

43) *L.* 29. *D. de pignerat. act.* *L.* 33. §. 5. *D. de usurpat. et usucap.*

44) *L.* 65. *D. de evict.* *L.* 3. *Cod. de negot. gest.*

45) *L.* 35. §. 1. *D. de pign. act.* *L.* 37. *D. eodem.* *L.* 37. *pr. D. de acquir. rer. dom.* *L.* 16. *D de usurpat.* *L.* 37. *L.* 40. *pr. D. de acquir. vel amitt. poss.* *L.* 15. §. 2. *D. Qui satisdare cogantur.* von Savigny a. a. O. §. 24. Schweppe Röm. Privatrecht 1. Band §. 297.

nis[46]). Allein der Beſitz des Fauſtpfandgläubigers iſt kein Civilbeſitz in dem Sinn, daß er die ihm verpfändete Sache uſucapiren könnte. Pignori rem acceptam usu non capimus, ſagt **Paulus** *L.* 13. *pr. D. de Usurpat. et Usucap.* quia *pro alieno* possidemus[47]); er eignet ſich alſo mehr zu einem natürlichen Beſitz[48]), oder, wie Herr Prof. Zachariä[49]) ſagt, er iſt ein unvollkommener juriſtiſcher Beſitz, welcher ihn jedoch vermöge der bekannten Verordnung des Kaiſers **Gordian** in der *L. un. Cod. Etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse* berechtiget, die Sache, auch wegen jeder andern, als der Pfandſchuld, dem Verpfänder vorenthalten zu dürfen[50]), wenn ihm auch wegen derſelben kein Klagerecht zuſtünde[51]). Bey Hypotheken iſt die Erlangung des Beſitzes durch die mora des Schuldners bedingt, wes-

46) *L.* 23. *pr. D. h. t.* L. 37. *D. de pignerat. act.* *L.* 37. verbunden mit *L.* 28. *D. de acquir. vel amitt. possess.*

47) *L.* 13. §. 1. *D. de public. in rem act.*

48) *L.* 3. §. 15. *D. ad exhibendum.*

49) Inſtitutionen des Röm. Rechts. (Breslau 1816.) S. 362.

50) S. den 15. Theil §. 937. S. 130. f. *Io. Ant.* TILEMANN Disp. de retentione pignoris ob aliud debitum chirographarium. *Bremae* 1730. *Walth. Vinc.* WIESE Diss. de retentione pignoris tam ob eadem quam ob diversa debita. *Rostochii* 1780. Thibaut Syſt. des Pand. Rechts 2 B. §. 648. Schweppe Röm. Priv. Recht 1. B. §. 292. Weſtphal Pfandrecht §. 10. Not. 22. Nun läßt ſich ꝛc. S. 37. f. und Geſterding §. 21. S. 132. ff.

51) Weber ſyſt. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 108.

weshalb dem Gläubiger ſowohl poſſeſſoriſche als petitoriſche Rechtsmittel zuſtehen, wovon in der Folge gehandelt werden wird. Wegen Verzugs des Schuldners iſt der Gläubiger auch befugt das Pfand zu verkaufen, und ſich aus dem daraus gelöſeten Gelde, ſeiner Forderung wegen, zu befriedigen, worauf Tit. 5. geht. Uebrigens iſt von den Rechten und Pflichten des Pfandgläubigers ſchon an einem andern Orte[52]) ausführlicher gehandelt worden.

## §. 1077.

### Entſtehung des Pfandrechts.

Ein Pfandrecht kann auf verſchiedene Art entſtehen. I. Durch den Willen desjenigen, deſſen Sachen demſelben unterworfen werden. Man nennt ein ſolches Pfandrecht ein freywilliges, *pignus voluntarium*, und dieſes wird entweder A) durch Vertrag beſtellet, *pignus conventionale*, und zwar entweder mittelſt einer in Gefolge deſſelben geſchehenen Uebergabe, — Pfandcontract; oder ohne Tradition, Hypothekvertrag[53]). Sieht man auf die Beſtellungsart eines Conventionalpfandrechts, ſo kann der Verpfänder ſeinen Willen entweder durch ſolche Worte erklären, welche geradezu auf ein zu ertheilendes Pfandrecht gerichtet ſind, oder er kann ihn durch Worte oder Handlungen zu erkennen geben, welche blos auf ein zu ertheilendes Pfandrecht ſchlieſſen laſſen, inſofern ſie nämlich von der Art ſind,

52) S. den 14. Th. dieſes Commentars §. 866. und §. 867.

53) *L.* 1. *D. de pigner. act.* Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est.

ſind, daß ſich dabey keine andere Bedeutung und Abſicht annehmen läßt, als die, daß die Sache verpfändet ſeyn ſolle. In dieſer Hinſicht unterſcheidet man ein ausdrückliches und ſtillſchweigendes Conventional-Pfandrecht [54]). Es wird davon §. 1082. ausführlicher gehandelt werden. Dem Conventional-Pfandrecht iſt noch eine andere Eintheilung eigen, welche ſich auf die Verſchiedenheit der darüber errichteten Beweisurkunde bezieht. Man theilt hiernach das Pfandrecht in ein öffentliches und Privatpfandrecht ein, je nachdem die Beſtellung deſſelben entweder aus einer öffentlichen, oder einer ſolchen Urkunde erwieſen werden kann, welche in dieſer Sphäre einer öffentlichen gleich zu achten iſt, oder ſich auf eine bloße Privaturkunde gründet. Nach einer Verordnung des Kaiſers **Leo** [55]) ſoll erſteres einen Vorzug vor dem letztern haben. Davon weiter unten §. 1081.

B) Das pignus voluntarium wird durch eine letzte Willensverordnung des Schuldners beſtellt. *Pignus testamentarium.* **Ulpian** gedenkt deſſelben *L. 26. pr. D. de pign. act.* wo er ſagt: Testamento quoque pignus constitui posse, Imperator noster cum Patre saepissime rescripsit. Daß jedoch die Kaiſer **Severus** und **Antoninus** für die Urheber dieſer Art der Verpfändung zu halten ſeyen, wie **Weſtphal** behauptet [56]), iſt nicht zu glauben, weil die Kaiſer durch ihre Reſcripte kein

54) *L. 4. D. h. t. L. ult. Cod. Quae res pignori.* Geſterding Pfandrecht §. 13.

55) *L. 11. Cod. Qui potiores in pignore.*

56) Pfandrecht §. 35. Not. 56.

kein neues Recht einzuführen pflegten [57]). Es war aller Wahrſcheinlichkeit nach ſchon früher bekannt [58]). Denn ehe Juſtinian [59]) ein Pfandrecht zur Sicherung der Vermächtniſſe geſetzlich einführte, war es nicht ungewöhnlich, daß der Teſtirer den Legatarien zur Sicherheit ihrer Vermächtniſſe im Teſtament ein pignus conſtituirte [60]), entweder an Sachen, die ſie von dem Teſtator noch in Beſitz hatten, oder auch an beſtimmten Sachen der Erbſchaft, welche der Erbe den Legatarien einſtweilen als ein Pfand aushändigen ſollte; weshalb ihnen denn die actio personalis ex testamento gegen den Erben zuſtand; ſo wie ſie hingegen in dem erſten Falle ſich mit der exceptio doli mali gegen den Erben ſchützen konnten [61]). Eine ſolche Ablieferung war jedoch in der Folge nicht mehr nöthig, nachdem durch das Edict des Prätors, und durch Interpretation das dingliche Recht der Hypothek eingeführt wurde. Ueberhaupt aber ward dieſe Vorſorge des Teſtirers durch jene Conſtitution des Kaiſers Juſtinian, nach

57) S. meine Einleitung in das Studium des Röm. Privatrechts. §. 10. S. 67.

58) S. *Io. God.* MÜLLER Histor. iuris civ. de pignoribus. §. 12.

59) *L.* 1. *Cod. Communia de legatis et fideicommissis.*

60) Beyſpiele enthalten *L.* 9. *D. de annuis legatis* und *L.* 12. *D. de alimentis vel cibar. legat.* Juſtinian ſagt es ſelbſt *L.* 1. *Cod. Communia de legatis.* Cum enim iam hoc iure nostro increbuit, licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento, quibus voluerit, dare.

61) *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. §. *Reliquum est.* Tom. II. *Operum* pag. 446.

nach welcher ſich das Pfandrecht der Legatarien an dem Erbtheil deſſen, der ein Legat entrichten ſollte, nun von ſelbſt verſtand, unnöthig [62]). Allein iſt gleich dadurch der Gebrauch des teſtamentariſchen Pfandrechts ſehr vermindert, ſo iſt er doch nicht aufgehoben worden, ſondern es kann noch immer zur Sicherung einer Forderung beſtellt werden, die derjenige ſchon hat, dem das Pfandrecht vermacht wird [63]). Ja es kann ſelbſt in dem Falle, da es einem Legatar, in Rückſicht ſeines Vermächtniſſes, beſtellet worden iſt, der geſetzlichen Hypothek ungeachtet, von Nutzen ſeyn, weil es, wie das vom Erblaſſer bey Lebzeiten beſtellte Pfandrecht, nicht eher an dem Antheile irgend eines der Erben aufgehoben wird, als bis der Gläubiger wegen des Ganzen befriediget iſt [64]). Ein teſtamentariſches Pfandrecht kann aber nicht nur im Teſtament, ſondern auch in Codicillen beſtellt werden, und zwar nicht bloß in beſtätigten, wie **Anton Faber** [65]) behauptet, ſondern nach dem neuern Recht unſtreitig auch in unbeſtätigten Codicillen [66]). Noch muß ich bemerken, daß

62) S. *Io. Th.* SEGER Hiſtoria iuris civ. de pignoribus tacite contractis. (*Lipſiae* 1772.) §. 18.

63) *Christ. Henr.* BREUNING de legati hypothecae rei immobilis uſu hod. *Lipſ.* 1773. Geſterding Pfandrecht §. 14.

64) *Herm.* BECKER Prolus. de actione hypothecaria legatariis ex L. 1. Cod. Commun. de legatis contra coheredes competente non ipſo iure diviſa. *Roſtochii* 1768. und Schweppe Röm. Privatrecht. 3. B. §. 853.

65) Rational. in Pand. ad L. 26. pr. D. de pign. act.

66) Weſtphal a. a. O. Not. 56.

daß neuerlich[67]) die Eintheilung des Pfandrechts in ein vertragsmäßiges und teſtamentariſches als unrichtig, oder doch als unnütz hat verworfen werden wollen, weil nicht das Teſtament, ſondern der Quaſi-Contract der Erbſchaftsantretung der wahre Grund des ſo genannten teſtamentariſchen Pfandrechts ſey. Durch dieſen Quaſicontract würden alle einſeitigen und an ſich unverbindlichen Diſpoſitionen des Teſtirers in Stipulationen des Erben verwandelt. Dieſer ſchließe daher durch Antretung der Erbſchaft auch von ſelbſt ein wahres pactum hypothecae mit demjenigen ab, den der Teſtirer wirklich oder nach einer geſetzlichen Fiction ein Pfandrecht ertheilt wiſſen wollte. Das teſtamentariſche Pfandrecht unterſcheide ſich alſo in nichts von demjenigen, welches aus einem ausdrücklichen zwiſchen dem Erben und Legatar abgeſchloſſenen Pfandvertrage entſteht. Allein dieſe Anſicht läßt ſich mit den angeführten Geſetzen, welche vom teſtamentariſchen Pfandrecht handeln, nicht füglich vereinigen. Dieſe betrachten das pignus testamentarium als eine Art von Legat. Hat nun der Teſtirer ſolches auf ſeinen eigenen Gütern vermacht, wie die angeführten Geſetze vorausſetzen, ſo muß es, nach der Natur ſolcher Vermächtniſſe, welche von dem Legatar auf ſeine Erben transmittirt werden, auch ſogleich mit dem Tode des Teſtirers ſeine Beſtätigung erhalten[68]), und alſo auch gleich nach dem-

67) S. Ferd. Aug. Meißner vollſt. Darſtellung der Lehre vom ſtillſchweigenden Pfandrecht §. 3. und §. 178. S. 467.

68) *L. un. Cod. de caducis tollend.* S. VOET Comm. ad Pand. Lib. XX. Tit. 2. §. 22. von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 79. S. 251. Volley Lehre von öffentlichen Unter-

demſelben auf den Gläubiger, zu deſſen Gunſten es der Teſtirer verordnet hat, ipso iure übergehen. Denn daß auch das teſtamentariſche Pfandrecht, ſo wie jedes andere ohne Ausnahme, als ein dingliches Recht, auf die Erben des Gläubigers übergehe, bedarf wohl keines Beweiſes [69]. Wie läßt ſich alſo wohl nur mit einigem Scheine behaupten, nicht das Teſtament, ſondern der Quaſicontract der Erbſchaftsantretung ſey der wahre Grund des teſtamentariſchen Pfandrechts? Der Erbe iſt zwar aus der Erbſchaftsantretung quasi ex contractu verpflichtet, die Vermächtniſſe zu entrichten, und ſolche, wo es deſſen bedarf, den Legatarien auszuhändigen [70]. Allein bey dem Legat eines dinglichen Rechts bedarf es einer ſolchen Tradition vel quasi gar nicht. Hier geht das Recht nach dem Tode des Teſtirers von ſelbſt auf den Legatar über, nachdem Juſtinian *L. 1. Cod. Communia de legatis* den Unterſchied der Formeln bey Vermächtnißen aufgehoben hat. Alſo nicht die Erwerbung, ſondern allenfalls die Wirkſamkeit des Rechts hängt von der Antretung der Erbſchaft ab, weil, wenn dieſelbe nicht erfolgt, der Anfall des Vermächtnißes rückwärts vernichtet wird.

Anders verhält ſich freylich die Sache, wenn der Teſtirer ſeinem Gläubiger auf dem Vermögen des Erben ein Pfandrecht verordnet hätte. Denn da hier von dem Teſtirer die Pfandbeſtellung nicht gültig geſchehen iſt, ſo kann auch das Pfandrecht erſt von der Zeit, da es wirklich

terpfändern §. 121. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. II. §. 1185. Geſterding Pfandrecht §. 14.

69) von Gmelin Ordn. der Gläubiger §. 89.

70) §. 5. *I. de obligat. quae quasi ex contractu.*

lich von dem Erben nach dem Willen des Teſtirers beſtellt worden iſt, ſeinen Anfang nehmen, obwohl freylich dieſe Beſtellung von dem Erben, welcher die Erbſchaft angetreten hat, und deswegen quasi ex contractu den Willen des Erblaſſers zu erfüllen ſchuldig iſt, mit der actio personalis ex testamento gefordert werden kann[71].

Uebrigens kann das teſtamentariſche Pfandrecht eben ſo, wie das conventionelle, nicht nur ein ausdrückliches, ſondern auch ein ſtillſchweigendes ſeyn, in ſofern ſich nämlich ein ſolches Pfandrecht aus der Willensverordnung des Teſtators mit Sicherheit ſchließen läßt. Z. B. ich habe ein Haus von dem Erblaſſer, der mir ſchuldig iſt, gemiethet, ſtatt der Zinſen genieße ich die Bewohnung deſſelben, nun verordnet er in ſeinem Teſtament, daß ich das Haus verkaufen dürfte, wenn bis an ſeinen Tod die Schuld nicht getilgt ſeyn würde; oder es vermacht mir Jemand eine jährliche Einnahme aus einem gewiſſen Grundſtück, hier habe ich ein ſtillſchweigendes teſtamentliches Pfandrecht auf dieſem Grundſtück[72].

II. Das Pfandrecht wird ohne den Willen des Schuldners beſtellt. Ein nothwendiges Pfandrecht,

71) *Christ. Gottl.* GMELIN Commentat. iur. civ. de iure pignoris vel hypothecae, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. *Ulmae* 1778. § 66. Mehrere leiten jedoch den Anfang der Gültigkeit eines ſolchen Pfandrechts ſchon von der Zeit her, da der Erbe die Erbſchaft angetreten hat. MERLINUS Tr. de pignorib. et hyp. Lib. II. Tit. I. Qu. 16. nr. 2. BACHOVIUS de pignorib. Lib. I. c. 7. in fin. et Lib. II. cap. 3. nr. 3. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1185. not. b. und Geſterding Pfdrecht. §. 14.

72) Höpfner Commentar über die Inſtitutionen §. 714. a. E.

recht, *pignus necessarium.* Dieſes iſt wieder von zweyerley Art. Es entſteht entweder durch unmittelbare Verordnung der Geſetze, oder es wird durch eine Verfügung des Richters beſtellt. In jenem Falle wird es ein geſetzliches, *pignus legale*, oder auch ein ſtillſchweigendes, *pignus tacitum* [73]), und zum Unterſchiede von demjenigen, welches ſich auf einen ſtillſchweigenden Vertrag, oder letzten Willen gründet, ein geſetzliches ſtillſchweigendes Pfandrecht genannt. In dieſem aber ein richterliches Pfandrecht, *pignus iudiciale.* Dieſes begreift wieder zwey ganz verſchiedene Arten unter ſich. Es wird nämlich dem Gläubiger entweder ohne Definitive Sentenz blos durch Einweiſung in die Güter des Schuldners (missio in bona) beſtellt, oder es entſteht durch Auspfändung, zur Vollſtreckung eines rechtskräftigen Urtheils. Erſteres wird allein *pignus praetorium* [74]) ge-

73) In den Geſetzen wird es darum *pignus tacitum* genannt, weil man bey deſſen urſprünglichen Einführung die Fiction einer ſtillſchweigenden Einwilligung des Schuldners zu Hülfe nahm, wie aus *L.* 4. *pr. D. In quib. causis pig. vel hyp. tacite contrahitur. L.* 6. *D. eodem. L.* 2. *et.* 3. *Cod. eodem. L.* 4. *D de pactis.* erhellet. Daher wollen auch noch jetzt einige Rechtsgelehrten das geſetzliche Pfandrecht zu den freywiligen rechnen. S. Bolley Lehre von öffentlichen Unterpfändern §. 3. und Meißner Darſtellung der Lehre vom ſtillſchweigenden Pfandrecht §. 6.

74) *L.* 26. *D. de pign. act. L.* 1. *et* 2. *Cod. de praetorio pignore.* CUJACIUS Observation. Lib. V. cap. 30. *Christ. Wilh.* KÜSTNER Diss. I. de ritu pignorum capiendorum apud veteres Rom. praes. *Io. Aug.* ERNESTI def. *Lipsiae* 1742. et Diss. II. de ritu pignorum capiendorum in republica Rom. praes. *Car. Otto* RECHENBERG def. *Lipsiae* 1743.

genennt, weil es aus dem prätoriſchen Recht herrührt [75]), daher von denen, welche die Immißion erhalten haben, geſagt wurde, *ex Edicto possident* [76]). Letzteres heißt *pignus in causa iudicati captum* [77]). Gewöhnlicher aber wird dieſes Pfandrecht *pignus iudiciale* im eigentlichen Sinn genennt. Beyde Arten des richterlichen Pfandrechts unterſcheidet Ulpian ganz genau, wenn er *L.* 3. §. 1. *D. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt* ſagt: Pignori tamen capi iussu Magistratus vel Praesidis, vel alterius potestatis, et distrahi fundus pupillaris potest. Sed et in possessionem mitti rerum pupillarium a Praetore quis potest: et ius pignoris contrahitur sive legatorum servandorum causa, sive damni infecti: et ut procedat [78]), juberi etiam possideri poterit. Das *pignus in causa iudicati captum* ſcheint zwar mehr durch die Conſtitutionen, als durch das Edict des Prätors, ſein Daſeyn und Form erhalten zu haben, wie ſich aus

*L.* 31.

75) *L.* 3. *Cod. Ut in possession. legator.*

76) CICERO *Orat. pro P. Quinctio.* cap. 27.

77) Vid. *L.* 1. *Cod. Si in causa iudicati pignus captum.* Res ob causam iudicati datas eius iussu, cui ius iubendi fuit, pignoris iure teneri, ac distrahi posse, saepe rescriptum est. *Christ. Wilh.* KÜSTNER Pignus in causa iudicati captum. *Lipsiae* 1744. und Weſtphal Pfandrecht §. 50.

78) *Petr.* DUIRSEMA Conjecturalium iuris civ. (*Groeningae* 1714.) Lib. II. cap. 5. §. 3. et 4. glaubt, es müſſe geleſen werden: *et, ut Praetor procedit.* CUJACIUS Observat. Lib. II. c. 36. et Lib. XVII. c. 23. glaubt hingegen, man müſſe bey procedat das Wort *usucapio* oder *dominium* hinzuſetzen.

*L.* 31. *D. de re iudicata* erſehen läßt; daß es aber doch dem Edict nicht ganz unbekannt geweſen ſey, läßt ſich gewiſſermaßen aus *L.* 4. §. 3. *D. eodem* ſchließen. Soll jedoch das *pignus praetorium* von Wirkung ſeyn, ſo muß derjenige, dem durch das richterliche Decret der Beſitz zugeſprochen iſt, dadurch wirklich in den Beſitz gekommen ſeyn. **Ulpian** erfordert dieſes ausdrücklich, wenn er *L.* 26. §. 1. *D. de pign. act.* ſagt: Sciendum est, ubi iussu Magistratus pignus constituitur, non alias constitui, *nisi ventum fuerit in possessionem.* Es war aber vor **Juſtinian** mit keiner dinglichen Klage verbunden, ſondern der Prätor ſchützte blos den, welcher ein ſolches Pfandrecht erhalten hatte, in dem Beſitz durch ein Interdict, wie aus dem Titel der Pandecten: *Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit* (Lib. XLIII. Tit. 4.) erhellet. Erſt **Juſtinian** verordnete, *L.* 2. *Cod. de praetorio pignore*, daß das prätoriſche Pfandrecht mit dem conventionellen gleiche Kraft und Wirkung haben ſollte. Von beyden Arten des richterlichen Pfandrechts wird §. 1031. noch ausführlicher gehandelt werden. Jetzt bemerke ich nur noch im Allgemeinen, daß ſich das nothwendige Pfandrecht von dem freywilligen beſonders noch darin unterſcheide, daß es auch auf den Gütern ſolcher Perſonen Statt findet, welche ſonſt die Fähigkeit nicht haben, ein pignus voluntarium zu beſtellen, z. B. auf den Gütern der Pupillen und Minderjährigen, wie die oben angeführte *L.* 3. §. 1. *D. de reb. eorum, qui sub tut. vel cura* lehrt. Es gilt aber dieſes nicht nur von einem richterlich beſtellten, ſondern auch von einem geſetzlichen Pfandrecht, wenn nur das Hauptgeſchäft, welches die Forderung des Gläubigers

bigers begründet, an ſich gültig abgeſchloſſen worden iſt [79]). Das prätoriſche Pfandrecht unterſcheidet ſich auch noch von einem conventionellen darin, daß die missio in bona wenigſtens ex primo decreto dem Gläubiger keinen eigentlichen juriſtiſchen Beſitz, ſondern eine bloße Detention custodiae causa giebt, welche aber keine poſſeſſoriſchen Interdicte begründet [80]).

Ob nicht auch durch Verjährung ein Pfandrecht erworben werden könne? iſt eine Frage, worüber beſonders in neueren Zeiten viel geſtritten worden iſt. Man denke ſich den Fall, der Schuldner habe dem Gläubiger eine fremde Sache ohne Wiſſen und Einwilligung des Eigenthümers zum Pfande gegeben, der Gläubiger habe ſie in der Meinung, ſie ſey ihm rechtmäßig verpfändet, zehen Jahre unter Gegenwärtigen oder zwanzig unter Abweſenden beſeſſen. Die ältern Rechtsgelehrten **Neguſantius** [81]), **Merlinus** [82]) und **Bachov** [83]) läugnen, daß der Gläubiger dadurch ein Pfandrecht erworben habe. Ihnen widerſprachen jedoch unter den neuern **Chriſt. Gottl. Gmelin** [84]) und **Joh. Lud. Schmidt** [85]). Allein ihre Grün-

 de

79) HUBER Praelect. in Pand. Lib. XX. Tit. 2. §. 9. Geſterding S. 86.

80) *L.* 3. §. 23. *L.* 10. §. 1. *D. de acquir. vel amitt. possess.* *L.* 3. §. 8. *D. Uti possidetis.* S. von Savigny Recht des Beſitzes §. 23. S. 267. f. u. § 24 S 275. und Zachariä Inſtitutionen des Röm. Rechts S. 350. Anmerk. **).

81) Tr. de pignor. et hypoth. P. II. Memb. III. nr. 58.

82) Tr. de pignorib. et hypoth. L. II. Tit. I. Qu. 2. nr. 38.

83) De pignorib. et hypoth. Lib. II. Cap. 3. nr. 2. pag. 100.

84) Comm. de iure pignoris vel hypothecae, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. §. 23. p. 74. sq.

85) Oeffentliche Rechtsſprüche Jena 1777. Nr. LXVIII. §. 5.

de wurden in einer unter Johann Baptiſta Bernhard Wankels Namen erſchienenen Inaugural Diſſertation [86], widerlegt, und die Meinung jener ältern Rechtsgelehrten noch mit mehreren Gründen unterſtützt. Ernſt Gottfried Schmidt [87]) unternahm zwar dagegen die Vertheidigung der neuern Meinung, und ihm ſtimmte auch Chriſtoph Chriſtian Dabelow [88]) bey; dennoch geben Thibaut [89]), Unterholzner [90]) und Zachariä [91]) der Meinung der ältern Rechtsgelehrten mit Recht den Vorzug. Denn 1) von einer Uſucapion des Pfandrechts findet ſich nirgends die geringſte Spur in dem römiſchen Recht. Sie konnte auch, als eine blos civilrechtliche Erwerbungsart, auf ein Inſtitut des Prätoriſchen Rechts, ohne dem Geiſt des Röm. Rechts zu nahe zu treten, um ſo weniger ausgedehnt werden, da man nicht einmal eine Uſucapion bey Servituten geſtattete; und die vom Juſtinian blos für bewegliche Sachen, nach dem Muſter der alten Uſucapion, eingeführte Verjährung von drey Jahren paßt vollends nicht auf ſie. Eben ſo wenig kann aber auch 2) durch die longi temporis praescriptio ein Pfandrecht gegen den Eigenthümer erworben werden, welches durch die hypothe-

86) Diss. de pignore usucapto. *Giessae* 1786. 4.

87) Der Erwerb des Pfandrechts durch die Verjährung erwogen. Jena 1788. 4.

88) Ueber die Verjährung 1. Th. Halle 1805. §. 97. S. 439.

89) Ueber Beſitz und Verjährung §. 37. S. 116. und Syſtem des Pandect. Rechts 2. B. §. 1032.

90) Lehre von der Verjährung durch fortgeſetzten Beſitz. Breslau 1815. §. 6. Abſchn. 2. und §. 43. Abſchn. 6.

91) Inſtitutionen des Röm. Rechts S. 351.

pothekariſche Klage verfolgt werden könnte. Denn auch dafür haben wir kein Geſetz. Zwar kann der Gläubiger, wenn er ſich dreyßig Jahre im ungeſtörten Beſitz des Pfandes befunden hat, von dem Eigenthümer daraus nicht vertrieben werden, ſondern ſich gegen die Anſprüche deſſelben mit der Einrede der Verjährung ſchützen, bis er ſeine Befriedigung erhalten hat [92]. Allein theils iſt dieſes eine blos erlöſchende Verjährung, welche dem Gläubiger kein dingliches Recht giebt, theils läßt ſich eben daraus mit vollkommenem Grunde ſchließen, daß gerade dieſes Schutzmittel das Einzige ſeyn ſollte, was von dem Gläubiger durch Zeitablauf gegen den Eigenthümer erworben werden könnte, dem ſonſt eigentlich die ohne ſein Wiſſen und Willen geſchehene Verpfändung ſeiner Sache zu keinem Nachtheil gereichen ſoll [93]. Hierzu kommt noch, daß wenn die hypothekariſche Klage gegen den dritten Beſitzer angeſtellt wird, außer der geſchehenen Verpfändung, auch das Eigenthum deſſen erwieſen werden muß, der dem Kläger das Pfandrecht beſtellt hat. Daher ſagt die *L. 6. Cod. Si aliena res pignori data sit*, quod *Serviana* etiam *actio* declaret evidenter, iure pignoris teneri non posse, *nisi quae obligantis in bonis fuerint:* et per alium rem alienam invito domino pignori obligari non posse, certissimum est.

Zur gültigen Beſtellung eines pignus voluntarium wird übrigens erfordert, daß der Verpfänder nicht nur Eigenthümer ſey, ſondern auch die freye Verwaltung ſeines Vermögens habe. Er muß alſo

I. Ei-

92) *L. 3. et 4. Cod. de praescript. 30. vel 40. annorum.*

93) *L. 1. 2. 4. 6. et 8. Cod. Si aliena res pignori data sit.*

I. Eigenthümer der Sache ſeyn, dann gilt das Pfandrecht, wenn er auch ſchon vorher einem Andern dieſelbe Sache verpfändet [94]) oder das Eigenthum einem Andern, dem er z. B. die Sache vorher geſchenkt hatte, zu übertragen verſprochen haben ſollte, wenn nur die Verpfändung noch vor der Uebergabe geſchehen war [95]). Hat der Verpfänder nur ein wiederrufliches Eigenthum, ſo dauert das Pfandrecht des Gläubigers doch immer wenigſtens ſo lange, bis das Recht des Verpfänders aufhört. Ja es erliſcht auch denn nicht einmal immer, wofern nicht das Recht des Verpfänders rückwärts ſo aufgelößt wird, als ob er es nie gehabt hätte [96]). Z. B. Wenn der

94) Zwar iſt die Wirkung des Pfandrechts in Anſehung des erſtern Pfandgläubigers, ſo lange derſelbe ſeine Befriedigung noch nicht erhalten hat, beſchränkt; allein in Anſehung eines jeden Andern, der nicht etwa das Pfand von dem erſtern Pfandgläubiger gekauft hat, übt der zweyte Pfandgläubiger alle Rechte einer gültigen Hypothec aus. *L.* 12. *pr. et* §. 7. *D. Qui potiores in pignore. L.* 15. §. 2. *D. de pignorib.*

95) *L.* 35. §. 1. *D. de donat.* Lucius Titius fundum Maeviae donavit, et ante traditionem eundem fundum post dies paucos Sejo pignori obligavit, et intra dies triginta Maeviam in vacuam possessionem eiusdem fundi induxit. Quaero an donatio perfecta sit? Respondit, secundum ea, qua proponerentur, perfectam; *verum creditorem firmam pignoris obligationem habere.*

96) S. GMELIN Commentat. de iure pignoris vel hypothecae, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. §. 6. VINNIUS Select. iuris Quaestion. Lib. II. c. 5. *Io. Paul.* TRUMMER Diss. de effectu hypothecae post resolutum dominium constituentis. *Lipsiae* 1749. und Heinr. Ernſt Ferd. Bolley Lehre von öffentlichen Unterpfändern §. 31.

der Verpfänder die verpfändete Sache unter der Bedingung gekauft hätte, daß er ſie dem Verkäufer wieder zurückgeben dürfe, wenn ſie ihm nicht mehr gefällt, ſo erliſcht das auf der Sache dem Gläubiger beſtellte Pfandrecht nicht, wenn auch nachher der Verpfänder die Sache dem Verkäufer wieder zurückgiebt; hatte er aber die Sache unter der reſolutive Bedingung der addictio in diem gekauft, und er muß die Sache nun dem beſſern Käufer abtreten, ſo hört mit ſeinem Eigenthume auch das Pfandrecht auf. Hat der Verpfänder nur ein prätoriſches Eigenthum, wie der bonae fidei poſſeſſor, dem der Prätor die Publicianiſche Klage giebt, ſo iſt das Pfandrecht zwar nicht gegen den wahren Eigenthümer, wohl aber gegen jeden Dritten, der mit ſchwächerm Recht beſitzt, wirkſam, und der Gläubiger kann ſich gegen einen ſolchen Beſitzer des Pfandes der hypothekariſchen Klage mit eben der Wirkung bedienen, mit welcher auch der Verpfänder ſelbſt gegen ihn die actio Publiciana würde gebrauchen können [98]). Der Nichteigenthümer kann hingegen auf der frem-

97) *L. 3. D. Quib. mod. pignus vel hyp. solvitur.* Si res distracta fuerit sic, *nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset*, fueritque tradita, et forte emtor, antequam melior conditio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus libro 5. Digestorum ait, finiri pignus, si melior conditio fuerit allata: quanquam ubi sic res distracta est, *nisi emtori displicuisset*, pignus finiri non putet. Add. *L. 4. §. 3. D. de in diem addict.*

98) *L. 18. D. de pignor.* Si ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi: sic tuetur me per Servianam Praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam. S. *Ant.* FABER de Errorib Prag-

fremden Sache kein Pfandrecht gültig beſtellen. Zwar gilt die Verpfändung in ſo fern unter den Contrahenten, daß gegen den Schuldner, wenn er in dem Beſitz der Sache iſt, mit der actio hypothecaria auf Abtretung des Pfandes geklagt werden kann [99]); allein in Anſehung des Eigenthümers, ohne deſſen Einwilligung ſie geſchehen iſt, ſo wie in Anſehung des dritten Beſitzers der Sache iſt ſie ungültig [100]). Der Gläubiger kann ſich weder eines Retentionsrechts gegen den Eigenthümer bedienen, wenn dieſer ſein Eigenthumsrecht verfolgt [1]); noch auch die hypothekariſche Klage gegen den dritten Beſitzer mit Wirkung anſtellen [2]), weil er das Eigenthum des Verpfänders beweiſen muß [3]). Ausnahmen finden jedoch Statt,

1) wenn die Verpfändung der fremden Sache ausdrücklich nur unter der Bedingung geſchehen iſt, dafern der Schuldner das Eigenthum derſelben noch verlangen würde. Hier iſt die Verpfändung gültig; das Pfandrecht entſteht aber nicht eher, als wenn die Bedingung in Erfüllung geht; dann kann der Gläubiger alle Rechtsmittel eines ſolchen Pfandes wegen gebrauchen [4]).

2) Wenn

Pragmaticor. Dec. LXIII. Err. 6. und GMELIN cit. Comment. §. 42.

99) *L.* 21. §. 1. *D. de pignor.* S. den 14. Th. dieſes Commentars §. 863. S. 28. Not. 83.

100) Vid. *tot. Tit. Cod. Si aliena res pignori data sit.* VIII. 16. GMELIN Comm. cit. §. 13. et 14.

1) *L.* 6. *Cod. Si alien. res pign. dat. sit.*

2) *L. ult.* §. 2. *Cod. Communia de legatis.*

3) *L.* 15. §. 1. *D. de pignorib.*

4) *L.* 16. §. 7. *D. h. t.* Aliena res *utiliter* potest obligari sub

2) Wenn die Verpfändung zwar unbedingt geſchahe, der Schuldner aber nachher noch das Eigenthum der Sache erwirbt. Hier gilt das Pfandrecht, wenn der Schuldner a) zur Zeit der Verpfändung ſchon ein perſönliches Recht hatte, vermöge deſſen er die Uebergabe der Sache von dem Eigenthümer fordern konnte [5]; und b) wenn zwar der Schuldner zur Zeit der Verpfändung an der Sache noch gar kein Recht hatte, der Gläubiger aber in bona fide war, d. h. es nicht wußte, daß ihm eine fremde Sache verpfändet worden ſey. Denn hätte er dieſes gewußt, ſo kommt ihm, wenn er im Beſitz der Sache iſt, zwar ein Retentionsrecht, ein Pfandrecht aber auf keine Weiſe zu [6]).

Hat der Schuldner eine fremde Sache zu verſchiedenen Zeiten unbedingt verſchiedenen Perſonen verpfändet, und er erwirbt in der Folge das Eigenthum derſelben, ſo wird nach Afrikans Meinung vor der Hand nur das Pfandrecht desjenigen Gläubigers gültig, dem die Sache zuerſt verpfändet ward. Erſt wenn dieſer befriediget iſt, wird das Pfandrecht des zweyten Gläubigers wirkſam. Dieß ſetzt aber freylich voraus, daß der Schuldner

sub conditione, *si debitoris facta fuerit.* GMELIN Cit. Comment. §. 55. Bolley von öffentlichen Unterpfändern §. 52. und Gesterding Pfandrecht §. 9. S. 73.

5) *L.* 1. *pr. D. h. t. L.* 3. §. 1. *D. Qui potior. in pignore. L.* 56. *D. ad SCtum Trebellian.*

6) *L.* 1. *pr. D. h. t. L.* 41. *pr. D. de pigner. act. L.* 5. *Cod. Si aliena res pignori data sit.* S. den 14. Theil dieſes Commentars §. 862. S. 30. f. *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t. §. *Non igitur.* pag. 436. sqq. und Gesterding Pfandrecht §. 9. S. 74. ff.

ner zu der Zeit, da das Pfandrecht des zweyten Gläubigers in ſeine Wirkung treten ſoll, noch Eigenthümer der verpfändeten Sache ſey. Hatte alſo der Schuldner die Sache in der Zwiſchenzeit veräußert, ehe das Pfandrecht des erſten Gläubigers erloſchen war, ſo kann nun das Pfandrecht des zweyten Gläubigers darum nicht convaleſciren, weil jetzt die Sache ſchon wieder, was ſie zur Zeit der Verpfändung war, eine fremde Sache geworden iſt. Hätte indeſſen der neue Eigenthümer um die geſchehene Verpfändung der Sache gewußt, ſo würde ihn wenigſtens der Dolus verantwortlich machen [7]). Die Worte des Afrikanus in der *L. 9. §. 3. D. Qui potiores in pignore* lauten folgendermaßen: Titia praedium alienum Titio pignori dedit: post Maevio: deinde domina eius pignoris facta, marito suo in dotem aestimatum dedit: si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Maevii pignus convalescere placebat: *tunc enim, priore dimisso, sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur:* in proposito autem maritus emtoris loco est: atque ideo, quia neque tunc, cum Maevio obligaretur, neque cum Titio solveretur, in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Maevii convalescere possit: haec tamen ita, si bona fide in dotem aestimatum praedium maritus accepit, id est, si ignoravit Maevio obligatum esse.

Wird

7) Siehe *Iac.* CUJACIUS ad Africanum Tract. III. ad L. 9. §. 3. D. Qui potior. in pign. POTHIER Pand. Iustin. T. I. h. t. Nr. XIX. not. b. pag. 560. und Geſterding Pfandrecht §. 9. S. 78. ff.

Wird der Eigenthümer Erbe des Schuldners, ſo iſt kein Grund vorhanden, warum ein Pfand, welches der Erblaſſer ungültig conſtituirt hatte, durch die Antretung der Erbſchaft gültig werden ſollte. **Paulus** [8]) ſpricht daher auch dem Gläubiger in dieſem Falle mit Recht die hypothekariſche Klage geradezu ab. **Modeſtin** [9]) will ihm zwar eine actio hypothecaria utilis einräumen; allein dem Gläubiger kann nur allenfalls die actio pigneratitia contraria gegen den Erben des Verpfänders geſtattet werden, um entweder auf Beſtättigung des vorigen, oder auf Beſtellung eines neuen Pfandrechts zu bringen.

3) Wenn der Eigenthümer in der Folge ſeine Genehmigung ertheilt hat; ſo beſteht das Pfandrecht eben ſo, als wenn er gleich Anfangs bey der Beſtellung deſſelben eingewilliget hätte [10]). Nur darf freylich dieſe Zurückwirkung nicht zum Nachtheil derjenigen Gläubiger gereichen, die ſchon vor erfolgter Ratihabition ein gültiges Pfandrecht von dem Eigenthümer erhalten haben [11]).

4) Wenn der Eigenthümer, welcher um die Verpfändung wußte, argliſtig ſchwieg, um den Gläubiger, welcher

8) *L. 41. D. de pign. act.*

9) *L. 22. D. h. t.* Von dieſen beyden ſich widerſprechenden Geſetzſtellen iſt ſchon an einem andern Orte Th. 14. §. 863. S. 32. ff. gehandelt worden. Man vergleiche auch Geſterding Pfandrecht §. 9. S. 80. ff.

10) *L. 16. §. 1. L. 21. pr. D. de pignorib. L. 20. pr. D. de pigner. act.*

11) GMELIN cit. Comm. §. 46. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1175. Hufeland Abhandlungen aus dem Civilrecht Nr. IV. S. 222. und Geſterding S. 71.

cher in bona fide war, in Schaden zu bringen; ſo macht dieſes betrügliche Schweigen denſelben nach einer Verordnung der Kaiſer **Severus** und **Antoninus**[12]) verbindlich, nicht anders, als ob er ſtillſchweigend ſeine Einwilligung ertheilet hätte. Zu den Ausnahmen, wo die Verpfändung einer fremden Sache gleich Anfangs gilt, kann man noch folgende Fälle rechnen,

5) daß der Gläubiger, wie die Kaiſer **Gordian**, **Diocletian** und **Maximian** reſcribirt haben, die ihm verpfändete Sache einem Andern wieder verpfänden kann[13]). Ich habe davon jedoch ſchon an einem andern Orte[14]) ausführlicher gehandelt.

6) Daß Tutoren und Curatoren bewegliche Sachen ihrer Mündel und Pflegbefohlnen, wenn es dieſen zum Nutzen gereicht, auch ohne obrigkeitliches Decret gültig verpfänden können; wie uns **Paulus**[15]) lehret, und Kr. **Antoninus Caracalla**[16]) auch als Ausnahme von der Regel gebilliget hat. Eben ſo iſt auch

7) dem

12) *L. 2. Cod. Si aliena res pignori data.*

13) *L. 1. et. 2. Cod. Si pignus pignori detur.* Hiermit iſt noch zu vergleichen *L. 13. §. 1. D. ad SCtum Vellejanum.*

14) S. den 14. Th. dieſes Commentars §. 866. u. BACHOV Tr. de pignorib. Lib. II. c. 9.

15) *L. 16. pr. D. de pigner. act.* Tutor, lege non refragante, si dederit rem pupilli pignori, tuendum erit: *scilicet si in rem pupilli pecuniam accipiat.* Idem est et in curatore adolescentis vel furioſi. — *L. 11. D. de curatoribus.* Pignus a curatore furioſi datum valet, *ſi utilitate furioſi exigente id ſecit.*

16) *L. 3. Cod. Si aliena res pign. dat.* Curator adulti, vel

7) dem Vater erlaubt, das Vermögen ſeiner Kinder, welches er vermöge der väterlichen Gewalt benutzt und verwaltet, in ſo weit zu verpfänden, als ihm die Veräuſſerung derſelben ausnahmsweiſe erlaubt iſt [17]), ohne deshalb eines obrigkeitlichen Decrets benöthiget zu ſeyn, wie ſchon an einem andern Orte vorgekommen iſt [18]). Es gehören jedoch hierher nur vorzüglich folgende Fälle, a) wenn dringende Schulden der Kinder; oder b) der nothwendige Unterhalt derſelben, oder auch der Eltern ſelbſt; oder c) Auszahlung von Vermächtniſſen, welche der Teſtirer den zu Erben eingeſetzten Kindern auferlegt hat, eine Verpfändung ihrer Güter rechtfertigen [19]).

Der Verpfänder muß aber nicht nur Eigenthümer, und zwar bey einem speciellen Pfandrecht in der Regel ſchon zur Zeit der Beſtellung deſſelben Eigenthümer ſeyn, ſondern auch

II. die freie Verwaltung ſeines Vermögens, und alſo die rechtliche Fähigkeit zu alieniren haben. Nexum non facit praediorum, ſagt *L. 8. C. Si aliena res pignori*

vel tutor pupilli propriam rem mobilem eius, cuius negotia tuetur, pignoris iure obligare non poteſt: *niſi in rem eius pecuniam mutuam accipiat.* S. Weſtphal Pfandrecht §. 125. Not. 149.

17) *L. ult. §. 2. 4. et 5. Cod. de bonis, quae liberis.*

18) S. den 14. Th. dieſes Commentars §. 909. S. 376.

19) GMELIN Commentat. de iure pignoris vel hypoth. quod creditori debitor in re ſibi non propria conſtituit §. 27. Bolley Lehre von öffentlichen Unterpfändern §. 58. und *Io. God.* MÜLLER Hiſtor. iuris civ. de pignoribus. §. 8. pag. 41. ſqq.

*pignori data ſit*, niſi perſona, *quae iure potuit obligare.* Dieſe Fähigkeit wird denn auch natürlich in dem Falle vorausgeſetzt, da eine fremde Sache entweder gleich Anfangs mit Einwilligung des Eigenthümers verpfändet worden, oder dieſer in der Folge ſeine Genehmigung ertheilt hat [20]). Daher können

1) Pupillen und Minderjährige nicht ohne die Einwilligung ihrer Vormünder [21]) und inſonderheit Grundſtücke, oder auch bewegliche Sache von bedeutendem Werth nicht ohne Decret der Obrigkeit verpfänden [22]). Eine ſolche Erlaubniß der Obrigkeit wird auch dann noch erfordert, wenn gleich ein Minderjähriger venia aetatis erhalten hat [23]). Eben ſo kann

2) das

20) *L.* 20. *pr. D. de pigner. act.* *L.* 16. §. 1. *D. h. t.* — Voluntas autem fere eorum demum ſervabitur, *qui et pignori dare poſſunt.*

21) *L.* 1. *pr. D. Quae res pignori.* Pupillus *ſine tutoris auctoritate* hypothecam dare non poteſt. *L.* 1. §. 2 *et* 4. *D. de rebus eorum, qui ſub tutela vel cura ſunt.* Si minor viginti quinque annis emit praedia, *ut quoad pretium ſolveret, eſſent pignori obligata venditori:* non puto pignus valere. *Nam ubi dominium quaeſitum eſt minori, coepit non poſſe obligari.* In der folgenden *L.* 2. *D. eod.* wird jedoch dieſes limitirt. S. *Ger.* NOODT. Comm. ad Pand. Lib. XXVII. Tit. 9. §. Vetat. T. II. *Operum* pag. 585.

22) *L.* 1. *L.* 5. *Cod. de praediis et aliis rebus minor. ſine decreto non alienand.* *L.* 2. *Cod. de Curatore furioſi vel prodigi.* *L.* 22. *Cod. de admin. tutor.* GMELIN cit. Commentat. §. 29 und MÜLLER cit. Hiſtor. iur. civ. de pignorib. §. 8. pag. 35.

23) *L.* 3. *Cod. De his, qui veniam aetatis impetrar.* Bolley von öffentlichen Unterpfändern §. 65.

2) das Vermögen eines Wahnſinnigen, oder gerichtlich erklärten Verſchwenders nur durch den Curator derſelben, und wenn von unbeweglichen, oder dieſen gleichgeachteten Gütern die Rede iſt, nach ertheiltem gerichtlichem Decret verpfändet werden, wenn die Verpfändung nämlich nöthig, oder für ſie nützlich iſt [24]). Und

3) Kinder, die noch unter der väterlichen Gewalt ſtehen, können weder das peculium profectitium, noch das adventitium, wovon dem Vater der Nießbrauch und die Verwaltung zuſteht, ohne Einwilligung des Vaters verpfänden [25]). Haben ſie hingegen ein ſolches Vermögen, worüber ſie frey diſponiren können, ſo können ſie ſolches auch ohne Wiſſen und Willen des Vaters gültig verpfänden [26]). Sind ſie jedoch noch minderjährig, ſo vertritt der Vater in der Regel die Stelle des Curators, und es wird daher deſſelben Einwilligung, und dann auch eben ſo, wie bey Minderjährigen, ein Decret der Obrigkeit erfordert [27]).

§. 1078.

24) *L.* 10. *pr. D. de curatorib. L.* 6. *D. de verbor. obligat. L.* 2. *Cod. de curatore furioſi.*

25) L. 18. §. 4. *et L.* 19. *D. de pignerat. act. L.* 1. §. 1. *D. Quae res pignori. L.* 8. § 5. *Cod. De bonis, quae liberis.* Filiis autem familias in his duntaxat caſibus, *in quibus uſusfructus apud parentes conſtitutus eſt*, donec parentes vivunt, nec de iisdem rebus teſtari permittimus, neque citra voluntatem eorum, quorum in poteſtate ſunt, ulla licentia eis concedenda dominium rei ad eos pertinentis alienare, *vel hypothecae titulo dare, vel pignori adſignare.* MÜLLER cit. loc. pag. 42.

26) Nov. CXVII. cap. 1.

27) S. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. T. I. §. 568. und §. 583. und Bolley von öffentlichen Unterpfändern §. 60.

## §. 1078.

### Eintheilung des Pfandrechts in das allgemeine und beſondere.

Das Pfandrecht iſt nach dem Umfange ſeines Gegenſtandes entweder ein allgemeines (*pignus generale*), oder ein beſonderes (*pignus speciale*), je nachdem es ſich entweder auf das ganze Vermögen des Schuldners erſtreckt, oder nur einen Theil deſſelben, oder einzelne Sachen zum Gegenſtande hat. Andere [28]) nennen jedoch das erſtere ein *pignus universale*, und unterſcheiden davon ein pignus *generale*, worunter ſie denn ein ſolches Pfandrecht verſtehen, welches mehrere Arten von Sachen zugleich umfaßt, und nennen dagegen nur dasjenige ein pignus *speciale* oder *particulare*, welches nur auf eine einzelne Sache beſchränkt iſt. Allein dieſe Eintheilung ſtimmt weder mit den Geſetzen, noch mit dem bisherigen Sprachgebrauche der Rechtsgelehrten überein. Und dieß iſt auch von der Eintheilung derjenigen [29]) zu ſagen, welche das *pignus generale* wieder in generale *simpliciter tale* und generale *secundum quid tale* eintheilen, je nachdem es entweder das ganze Vermögen des Schuldners,

28) S. WORDENHOFF Diss. de concursu et collisione utriusque hypothecae tum generalis tum specialis. *Traj. ad Rhen.* 1752. §. 2. in fin. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. novo Dissertat. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. II. Nr. XI. pag. 698.)

29) BACHOVIUS Tr. de pignorib. Lib. I. c. 5. *Io. Nic.* HERTIUS in Diss. de differentiis pignoris generalis et specialis Cap. I. §. 3. et 4. (in EIUS *Commentat. et Opusc.* Vol. II. Tom. III. pag. 200. sq.) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 20.

ners, gegenwärtiges und zukünftiges, oder nur eine gewiſſe Art des Vermögens, nämlich entweder blos das gegenwärtige oder blos das zukünftige, oder das Mobiliar- oder das Immobiliar-Vermögen allein umfaßt. Eine General-Hypothek begreift alſo das ganze Vermögen des Schuldners unter ſich. Es ſind daher alle ſowohl einzelne dazu gehörige Sachen als Arten derſelben damit behaftet, nicht anders, als ob ſie alle beſonders genannt, und einzeln verpfändet worden wären [30]; gleichviel wie die Hypothek beſtellet worden iſt, ſie ſey eine geſetzliche oder Conventional-Hypothek. Der Gläubiger behält daher auch ſein Pfandrecht an den einzelnen Sachen, welche von dem Schuldner ohne ſeine Einwilligung veräußert worden ſind [31]). Vor Juſtinian mußte es zwar ausdrücklich verabredet ſeyn, wenn ſich eine General-Hypothek auf das geſammte ſowohl gegenwärtige als zukünftige Vermögen des

30) *L.* 15. §. 1. *D. h. t.* Quod dicitur creditorem probare debere, cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuiſſe: ad eam conventionem pertinet, quae ſpecialiter facta eſt, non ad illam, quae quotidie inſeri ſolet cautionibus, ut ſpecialiter rebus hypothecae nomine datis, caetera etiam bona teneantur debitoris, quae nunc habet, et quae poſtea adquiſierit, *perinde atque ſi ſpecialiter hae res fuiſſent obligatae.* *L.* 2. *D. Qui potiores in pign.* *L.* 2. *Cod. de pignorib.* S. BACHOVIUS cit. Tract. Lib. I. Cap. 5. §. 3. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *A ſpeciali.* pag. 435.

31) *L.* 8. §. *ult. in fin. Cod. de ſec. nupt.* *L. un. Cod. Rem alienam gerentib.* *L. ult. Cod. de remiſſ. pignor.* *L.* 15. *Cod. de pignor.* *L.* 17. *Cod. de distract. pignor.* S. *Io. Her.* BECKER Diſſ. de pignore univerſitatis. *Ienae* 1791. §. 6. ſq.

des Schuldners erſtrecken ſollte. Daher war bey General-Hypotheken die gewöhnliche Formel: *ut omnia bona pignori obligata essent, quae quis habet, habiturusve sit* [32]). Hatte hingegen der Schuldner nur ſchlechthin ſein Vermögen, oder auch ſein geſammtes Vermögen, (omnia bona sua) verpfändet, ſo wurde eine ſolche allgemeine Verpfändung der Güter im Zweifel nicht auf die erſt in der Folge erworbenen gedeutet [33]). Es ſcheint ſogar Anfangs zweifelhaft geweſen zu ſeyn, ob überhaupt durch Vertrag das künftige Vermögen habe verpfändet werden können, weil doch dieſes zur Zeit der Verpfändung noch als ein fremdes Gut zu betrachten war [34]). **Papinian's** Aeußerung in der *L.* 1. *pr. D. h. t.* giebt dieß wenigſtens nicht undeutlich zu erkennen, wenn er ſagt: Conventio generalis in pignore dando *bonorum vel postea quaesitorum* recepta est; und man rechtfertigte eine ſolche Verpfändung des künftigen Vermögens bloß dadurch, daß ſie unter der Bedingung der künftigen Erwerbung geſchehe, unter welcher man auch die ſpecielle Verpfändung einer fremden Sache für gültig hielt [35]). Ganz unrichtig aber iſt es, wenn man daraus auch die

*L.* 9.

32) *L.* 6. *L.* 15. *L.* 34. *§. ult. D. de pignorib. L. ult. D. Qui potiores in pignore. L.* 6. *D. Qui sine manumiss. L.* 28. *D de iure fisci.* S. BRISSONIUS de Formulis et solemnib. Pop. Rom. verbis. Lib. VI. Cap. 101. p. 507. sq.

33) S. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad Anton. *Fabrum* Lib. III. Tract XII. Qu 2. Weſtphal Pfandrecht §. 36. Not. 57. MÜLLER Histor. iur. civ. de pignoribus §. 9. p. 56.

34) S. DONELLUS de pignoribus Cap. 7.

35) *L.* 17. §. 7. *D. h. t.*

*L.* 9. *pr. D. eodem* zu erklären gemeint, und noch weniger zu rechtfertigen iſt es, wenn man ſich deswegen eine ſo gewaltſame Kritik, als durch die Unterſchiebung einer Negation geſchieht, erlaubt hat [36]). Denn wenn Cajus daſelbſt ſagt: Sed et quod ad eas res, quas eo tempore, quo paciscebatur, *in bonis habuit* [37]), idem observari debet; ſo gehen dieſe Worte offenbar nicht auf die bona futura, welche unter der General-Hypothek nicht mit begriffen ſeyn ſollen; denn dieſes ſtünde ja in evidentem Widerſpruche mit *L.* 6. *D. eodem,* wo gerade von einer obligatione generali rerum, *quas quis habuit, habiturusve sit*, die Rede iſt; ſondern ſie beziehen ſich auf diejenigen Sachen, von welchen in den vorhergehenden Geſetzen die Rede war, nämlich Kleider, Hausgeräthe, und was ſonſt der Schuldner zum täglichen Gebrauche nöthig hat, und er auch ſelbſt einzeln nicht verpfändet haben würde. Solche Sachen ſind der General-Hypothek nicht unterworfen, wenn ſie auch zur Zeit des geſchloſſenen Pfandvertrags ſchon zu dem Vermögen des Schuldners gehört haben ſollten, worüber allerdings hätte Zweifel entſtehen können [38]). Den beſten Beweis, daß vor



36) J. B. Weſtphal im Pfandrecht §. 56. Not. 57. S. 92. dem auch MÜLLER in Hist. iur. civ. de pignoribus p. 56. beyſtimmt.

37) Hier will man in bonis NON habuit, leſen. So auch TAUCHIUS de Negation. Pandect. Cap. 16. Allein dieſe Aenderung der Leſeart iſt von aller Auctorität entblößt, und hat auch die *Basilica* T. IV. Lib. XXV. Tit. 2. p. 34. gegen ſich.

38) S. *Io. Guil.* MARCKART Interpretat. receptar. iuris civ. Lectionum. Lib. II. Cap. 8. §. 1. und *Io. Gottfr.* SAMMET Re-

Juſtinian eine allgemeine Conventional-Hypothek ohne ausdrückliche Verabredung nicht auf das künftige Vermögen ſich erſtreckt habe, giebt uns die Conſtitution des Kaiſers Juſtinian ſelbſt, wodurch dieſes geändert worden iſt. Es iſt *L.* 9. *Cod. Quae res pignori*, welche folgendermaßen lautet: Si quis in cuiuscunque contractus instrumento ea verba posuerit: *Fide et periculo rerum ad me pertinentium*, vel: *Per earum exactionem satisfieri tibi promitto:* sufficere ea verba ad rerum tam earum, quas in praesenti debitor habet, quam futurarum hypothecam sancimus: nec ex prioribus sanctionibus minus habere specialis hypothecae memoriam videri: cum sit iustum, voluntates contrahentium magis, quam verborum conceptionem inspicere. Super qua generali hypotheca illud quoque ad conservandam contrahentium voluntatem sancimus, ut si res suas supponere debitor dixerit, non adjecto: *tam praesentes, quam futuras:* ius tamen generalis hypothecae etiam ad futuras res producatur. Nach dieſer Conſtitution erſtreckt ſich nun alſo ein allgemeines Pfandrecht immer auf das geſammte, ſowohl gegenwärtige als künftige Vermögen des Schuldners, es beſtehe in körperlichen oder unkörperlichen *), beweglichen oder unbeweglichen Sachen, und wenn Jemand auch nur ſchlechtweg ſein Vermögen verpfändet hat, ſo geht auch dieſe Verpfändung ſowohl auf bona praesentia, als futura, wenn gleich der letzteren

keine

Receptar. Lection. ad *Iauchium* lib. sing. Cap. 10. (in *Opuscul.* pag. 144.)

*) *L.* 49. *D. de Verb. Sign. L.* 30. §. 1. *D. ad SCtum Trebell. L.* 4. *C. Quae res pignori.*

keine Erwähnung geſchehen iſt. Denn da man bey einer allgemeinen Verpfändung gewöhnlich den Vertrag auf dieſe ausdrücklich mit erſtreckte [39]; ſo glaubte Juſtinian, es ſey der Abſicht der Contrahenten gemäß, durch ein allgemeines Geſetz zu verordnen, daß dasjenige, was bisher durch Vertrag war feſtgeſetzt worden, ſich nun von ſelbſt verſtehen ſolle [40]. *Quod enim pactis conventis fieri conceditur*, ſagt Juſtinian an einem andern Orte [41], *et in usu quotidiano ſemper versari adpicimus, quare non ipsa legis auctoritate hoc permittatur?*

Wenn nun alſo nach der angeführten Conſtitution des Kaiſers Juſtinian eine General-Hypothek tam eas res, quas in praesenti debitor habet, quam *futuras* unter ſich begreift, ſo iſt noch zu bemerken, daß der Ausdruck *res futurae* in einem doppelten Sinn genommen werde. Es werden nämlich darunter 1) ſolche Sachen verſtanden, welche noch nicht in rerum natura vorhanden ſind, ſondern erſt noch künftig hervorgebracht werden ſollen, z. B. Früchte, foetus pecorum u. d. 2) Solche Sachen, welche ſich zur Zeit der Verpfändung noch nicht in dem Eigenthume des Schuldners befanden, ſondern erſt in der Folge deſſelben Eigenthum geworden ſind. Dieſe letztere Art von *res futurae* bezeichnet diejenigen Sachen, von welchen bey einer allgemeinen Güter-ver-

39) *L. ult. Cod. de remiss. pignor.* ib. propter verbum *futurarum rerum*, quod in generalibus hypothecis poni solitum est.

40) *Ios.* AVERANIUS in Interpretat. iuris. Lib. III. Cap. 25. nr 32.

41) *L. ult. in fin. Cod. de fideiussoribus.*

verpfändung vor Juſtinian die Formel gebraucht wurde, *res, quas quis habiturus sit.* In Anſehung der erſten Art zukünftiger Sachen iſt es nun ſchon genug, wenn nur die Hauptſache dem Schuldner zur Zeit der Verpfändung gehörte, woraus dieſe res futurae entſtehen; dann können ſie auch ſchon vor ihrer Entſtehung verpfändet werden [42]. Ein an Früchten conſtituirtes Pfandrecht iſt daher ohne Zweifel nicht erſt von Zeit der Separation der Früchte, ſondern ſchon von Zeit der Beſtellung des Pfandrechts an zu rechnen [43]. Ganz anders verhält es ſich dagegen mit derjenigen Art von res futurae, woran der Schuldner erſt nach der Verpfändung das Eigenthum erwarb. Hier nimmt die Hypothek an ſolchen rebus futuris nicht ſchon mit dem Augenblick ihrer Beſtellung, wie viele [44] in Beziehung auf die unrichtig verſtandene *L.* 21. *pr.*

42) *L.* 15. *pr. D. h. t.* Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari possunt: ut fructus pendentes, partus ancillae, foetus pecorum, et ea, quae nascuntur, sint hypothecae obligata. Idque servandum est, sive dominus fundi convenerit aut de usufructu, aut de his, quae nascuntur: sive is, qui usumfructum habet.

43) *L.* 11. §. 3. *D. Qui potior. in pignore.* Si *de futura re* convenerit, ut hypothecae sit, sicut est de partu, hoc quaeritur, an ancilla conventionis tempore in bonis fuit debitoris? *Et in fructibus, si convenit, ut sint pignori, aeque quaeritur, an fundus vel ius utendi fruendi conventionis tempore fuerit debitoris.*

44) *Hug.* DONELLUS de pignoribus. Cap. 14. *Ant.* MERENDA Controv. iuris Lib. VI cap. 38. *Io. Christ.* KOCH Diss. de concursu hypothecae specialis et generalis. *Giessae* 1782.

*pr. D. Qui potiores in pignore*[45]) behaupten, ſondern viel-

1782. §. 10. Weſtphal Pfandrecht §. 114. Not. 136. *Fratr.* BECMANNI Conſil. et Decis. P. I. Dec. XLI. nr. 6. u. a. m.

45) Scävola entſcheidet hier folgenden Fall. Titius Sejae ob ſummam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori *omnia bona ſua, quae habebat, quaeque habiturus eſſet:* poſtea mutuatus à fiſco pecuniam, *pignori ei res ſuas omnes obligavit*, et intulit Sejae partem debiti, et reliquam ſummam novatione facta eidem promiſit, *in qua obligatione ſimiliter, ut ſupra, de pignore convenit.* Quaeſitum eſt, an Seja praeferenda ſit fiſco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit: item in his rebus, quas poſt priorem obligationem adquiſiit, *donec univerſum debitum ſuum conſequatur?* Reſpondit, nihil proponi, cur non ſit praeferenda. Der Seja ward zuerſt eine allgemeine Hypothek beſtellt, in der Folge auch dem Fiskus. Der Schuldner trug hierauf einen Theil der Schuld ſeiner erſten Gläubigerin ab, und ging mit ihr wegen des Rückſtandes eine Novation ein. Die Seja hatte jedoch dabey zur ausdrücklichen Bedingung gemacht, daß ihr Pfandrecht, wie zuvor, fortdauern ſolle. (*L.* 11. §. 1. *D. de pignerat. act.*) Dennoch giebt ihr Scävola den Vorzug vor dem Fiskus, auch in Anſehung derjenigen Güter, welche der Schuldner nach dem Contract mit dem Fiskus, und bis zu der Zeit hin, da ſie gänzlich befriediget ſeyn wird, erworben hat. Und zwar mit vollkommenem Recht. Denn der Fiskus hatte damals noch nicht einmal eine geſetzliche, geſchweige eine privilegirte Hypothek. Sonſt hätte er nicht nöthig gehabt, ſich durch Vertrag ein Pfandrecht beſtellen zu laſſen. Nun hatte der Fiskus zwar eine Generalhypothek erhalten, allein es wird nicht geſagt, daß er ſich auch die bona futura habe mit verpfänden laſſen. Dieſe waren aber, wie Scävola bemerkt, der erſten Gläubigerin, mit der

vielmehr, wie ſchon längſt Anton Faber [46]) und Reinhard Bachov [47]) lehrten, und neuerlich Geſterding [48]) durch die einleuchtendſten Gründe außer allen Zweifel geſetzt hat, erſt mit dem Zeitpunct ihren Anfang, da der Schuldner das Eigenthum derſelben erwirbt; welches dann die wichtige Folge hat, daß wenn der Schuldner verſchiedenen Gläubigern zu verſchiedenen Zeiten eine General-Hypothek ertheilt, der erſte Gläubiger zwar an den Gütern, die der Schuldner noch vor der zweyten Hypothek erworben hatte, den Vorzug behaupte, in Anſehung der nach Beſtellung beyder Hypotheken erworbenen Güter aber beyde Gläubiger gleiche Rechte haben. Denn zu der Zeit, da die Hypothek conſtituirt wurde, waren die Sachen, welche der Schuldner noch künftig erwerben würde, in Anſehung deſſelben noch fremde Sachen, deren Verpfändung alſo unter der ſtillſchweigenden Bedingung geſchahe, wenn der Schuldner ſie dereinſt erwerben wird. Haben nun auch beyde Gläubiger ihr Pfandrecht zu verſchiedenen Zeiten erhalten, ſo haben ſie doch zu der Zeit, da die Erwerbung geſchieht, ein gleiches Recht daran, und es iſt ganz unrichtig, wenn man hier der eingetretenen Bedingung eine auf die Zeit der geſchehenen Pfandbeſtellung zurückwirkende Kraft beylegen will, weil ja die künftige Erwerbung blos von der Willkühr

der vor Juſtinian üblichen Formel, ausdrücklich mit verpfändet. Der Fiskus hatte daher an den bonis futuris nicht einmal ein Pfandrecht. S. Geſterding S. 220. ff.

46) Conjecturar. iuris civ. Lib. II. cap. 10.

47) Tract. ed pignorib. Lib. IV. Cap. 6.

48) Lehre vom Pfandrecht. §. 4. S. 58. ff.

führ des Schuldners abhängt. Explorati quidem iuris est, ſagt Joſeph Averani[49]), conditionem casualem et mixtam in contractibus retrotrahi ad tempus celebrati contractus; sed in *potestativa*, hoc est in ea, quae pendet a potestate debitoris, secus est. *In hac enim spectatur tempus impletae conditionis, non vero contractus, ad cuius initium ea non retrotrahitur*[50]). Eben ſo lehrt auch Philibert Brüſſel[51]): Si principali obligationi vel etiam in pignore dando adscripta conditio in arbitrio et potestate eius fuerit, qui pignus dedit, eiusve qui principaliter obligatus sit: ex communi omnium sententia, *ab ipsa demum conditione existente, pignus obligatum esse dicetur.* — Proinde si inter duos creditores quaeratur, uter potior in pignore sit, AFRICANUS[52]) sub conditione creditorem tuendum non esse scripsit adversus eum, cui postea quicquam deberi coeperit, si talis fuerit, conditio, *quae invito debitore impleri non possit.* — Rursus cum constet, *futurorum bonorum obligationi* hanc inesse conditionem, si mea fiant: MARCELLUS, si tibi, quae habiturus sum, obligaverim, et Titio specialiter fundum illum, si in dominium meum pervenerit, moxque dominium eius adquisiero; pares vos futu-

49) Interpretat. iuris Lib. III. cap. 9. nr. 1. et 2.

50) *L.* 4. *D. Quae res pignori.* *L.* 9. §. 1. *D. et L.* 11. §. 2. *D. Qui potior. in pignore.*

51) De conditionibus. Lib. II. nr. 16. pag. 217. sqq.

52) *L.* 9. §. 1. *D. Qui potior. in pign.*

futuros esse scripsit[53]): *ut hic non conventionis diem, sed existentis spectemus conditionis.* Alles dieſes beſtärckt endlich noch vorzüglich die Stelle des Scävola, welcher *L.* 34. §. 2. *D. h. t.* ſagt: Creditor pignori accepit a debitore, *quidquid in bonis habet, habiturusve esset:* Quaesitum est, *an corpora pecuniae, quam idem debitor ab alio mutuam accepit, cum in bonis eius facta sint, obligata creditori, pignoris esse coeperint?* Respondit *coepisse.* Es iſt alſo gar keinem Zweifel weiter unterworfen, daß bey einer Generalhypothek das Pfandrecht an rebus futuris erſt mit dem Augenblick des Erwerbs anfange.

Hat der Schuldner dem Gläubiger namentlich ſein bewegliches und unbewegliches Vermögen verpfändet, ſo iſt es ſtreitig, ob dieſes für eine Verpfändung des ganzen Vermögens zu halten ſey, welche ſich auch auf die dazu gehörigen unkörperlichen Sachen, und namentlich auf die ausſtehenden Forderungen des Schuldners mit erſtrecke? Mehrere Rechtsgelehrte[54]) bezweifeln dieſes aus dem Grunde, weil die unkörperlichen Sachen als eine dritte von

53) *L.* 7. §. 1. *D. Qui potiores in pignore.* Si tibi, *quae habiturus sum*, obligaverim, et Titio specialiter fundum, *si in dominium meum pervenerit*, mox dominium eius adquisiero, putat MARCELLUS, *concurrere utrumque creditorem et in pignore.*

54) *Ant.* FABER Cod. definit. for. Lib. VIII. Tit. 6. def. 19. ZOESIUS Comm. ad Pand. h. t. nr. 11. STRYK Caut. Contract. Sect. II. cap. 4. §. 15. Joh. Ludw. Schmidt hinterlaſſ. Abhandlungen verſchied. pract. Rechtsmaterien 2. B. Nr. XLIX. §. 7. u. a. m.

von beweglichen und unbeweglichen ganz verſchiedene Art von Sachen zu betrachten wären [55]), und daher auch bey einem Vermächtniß der beweglichen und unbeweglichen Sachen die ausſtehende Forderungen nicht mit darunter begriffen wären *). Allein es ſind hier zwey Fälle zu unterſcheiden. 1) Es iſt des beweglichen und unbeweglichen Vermögens, blos als Zuſatz einer allgemeinen Güterverpfändung, gedacht worden. Z. B. ich ſetze meinem Gläubiger zur Sicherheit ſeiner Forderung mein geſammtes Vermögen, beweg- und unbewegliches, zum Unterpfande ein. Hier iſt das auf eine ſolche Art conſtituirte Pfandrecht allerdings für ein allgemeines, auch die unkörperlichen Sachen mit unter ſich begreifendes zu betrachten [56]). Dieß iſt nicht nur der Analogie [57]), ſondern auch der Abſicht der Contrahenten gemäß, nach welcher eher zu vermuthen iſt, daß jener Zuſatz bloß zum Ueberfluß, als zur Einſchränkung ſey beygefügt worden [58]). 2) Der Schuldner hat nur

55) *L.* 7. §. 4. *D. de pecul.* *L.* 86. *pr. D. de legat. II. L.* 15. *§.* 2. *D. de re iudicata.*

*) *L.* 79. §. 1. *L.* 86. *D. de legat. III.*

56) BACHOV Tr. de pignor. Lib. I. Cap. 6. nr. 7. BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 5. §. 9. n. 1. KOCH Diss. de concursu hypoth. specialis et generalis. §. 3. not. 3. HOFACKER Princ. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1167. not. b. Gmelin von Aufſätzen über Verträge, insbeſ. von Schuld- und Pfandverſchreibungen §. 52. S. 105. und Geſterding §. 11.

57) *L.* 21. *D. de Verbor. Signif.* *L.* 9. *Cod. Quae res pignori.*

58) *L.* 12. §. 46. *D. de instrum. et instr. legato.* L. 9. *pr. D. de supell. legata. Corn. van* BYNKERSHOEK Observ. iur.

nur allein ſein bewegliches und unbewegliches Vermögen verpfändet, ohne dabey zugleich des geſammten Vermögens Erwähnung zu thun. In dieſem Falle erlaubt der eingeſchränkte Begriff beweg- und unbeweglicher Sachen nicht, daß man auch die zu dem Vermögen des Schuldners gehörigen unkörperlichen Sachen unter der geſchehenen Verpfändung mit begreife [59]).

Ob nun gleich ein allgemeines Pfandrecht alles unter ſich begreift, was der Schuldner nicht nur zur Zeit der Verpfändung in bonis hat, ſondern auch was er noch in der Folge erwirbt, ſo erſtreckt es ſich doch 1) nicht auf diejenigen Sachen, welche der Schuldner auch nicht einzeln und beſonders hätte verpfänden können. Dahin gehören diejenigen Sachen, welche der Schuldner nicht veräußern darf, es ſey ihm nun die Veräußerung entweder durch ein beſonderes Geſetz, oder durch Teſtament, oder durch Vertrag verboten. Denn Sachen, deren Veräußerung verboten iſt, können auch nicht verpfändet werden [60]). Wir werden davon *Tit. 3. Quae res pignori* mit Mehrerem handeln. 2) Bey einem durch Vertrag beſtellten allgemeinen Pfandrecht ſind diejenigen Sachen ausgeſchloſ-
ſen,

iur. Rom. Lib. III. cap. 2. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 226.

59) *L.* 15. § 2. *D. de re iudic.* WERNHER Select. Observ. for. Tom. I. P. V. Obs. 30. Schmidt Abhandlungen 2. B. Nr. 49. §. 8 Anderer Meinung iſt zwar BERGER c. l. allein man ſ. HAUBOLD ad *Eundem* not. z. Tom. I. p. 558.

60) *L.* 1. §. 2. *D. Quae res pignori. L.* 9. §. 1. *D. de pignorib. L. ult. Cod. de rebus alien. non alienand.*

ſen, von denen es nicht wahrſcheinlich iſt, daß der Schuldner ſie beſonders würde verpfändet haben. Denn der Umfang eines ſolchen Pfandrechts muß nach der vermuthlichen Abſicht des Verpfänders beurtheilt werden. Vermöge derſelben werden daher a) diejenigen Sachen nicht als mit verpfändet angeſehen, welche der Schuldner zum täglichen Gebrauche nöthig hat. Z. E. Hausgeräthe, Handwerkszeug, Kleider, u. d. b) Auch diejenigen nicht, zu denen der Schuldner eine beſondere Zuneigung hat, weshalb er ſie einzeln nicht verpfändet haben würde. Z. B. wenn unter den Sklaven natürliche Kinder des Verpfänders ſich befanden, die er mit einer Sklavin, mit welcher er in Concubinat lebte, erzeugt hatte, ſo waren weder dieſe Kinder, noch die Concubine des Schuldners dem von ihm beſtellten allgemeinen Pfandrecht unterworfen. Es gehören hierher folgende Geſetzſtellen.

*L.* 6. *D. h. t.* ULPIANUS *libro* 73. *ad Edictum.* Obligatione generali rerum, *quas quis habuit, habiturusve sit,* ea non continebuntur, *quae verisimile est, quemquam specialiter obligaturum non fuisse:* utputa supellex; item vestis relinquenda est debitori; et ex mancipiis, quae in eo usu habebit, ut certum sit, eum pignori daturum non fuisse: proinde de ministeriis eius perquam ei necessariis, vel quae ad affectionem eius pertineant;

*L.* 7. PAULUS *Lib.* 68. *ad Edictum.* Vel quae in usum quotidianum habentur, Serviana non competit.

*L.* 8.

*L.* 8. ULPIANUS *Lib.* 73. *ad Edictum.* Denique concubinam, filios naturales, alumnos constitit generali obligatione non contineri, et si qua alia sunt huiusmodi ministeria.

*L.* 1. *Cod. Quae res pignori.* SEVERUS et ANTONINUS AA. *Optato.* Alumnos tuos, et ceteras res, *quas neminem credibile est pignori specialiter daturum fuisse*, generali pacti conventione, quae de bonis tuis facta est, in causa pignoris non fuisse, rationis est.

Da die Beyſpiele, welche ſowohl in der *L.* 8. *D.* als *L.* 1. *C. cit.* angeführt werden, auf unſere Zeiten nicht mehr paſſen, ſo würde es heut zu Tage der Beurtheilung des Richters zu überlaſſen ſeyn, ob die beſondere Affection, wegen welcher der Schuldner eine gewiſſe Sache von der General-Hypothek ausgeſchloſſen haben will, für vernünftig zu halten, und überhaupt einer ſolchen Beſchränkung Statt zu geben ſey, ohne dem Sicherheitsrecht des Gläubigers zu nahe zu treten. Dem Schuldner kann darüber der Eid deferirt werden. Ob nicht der Tod des Schuldners hierin eine Aenderung mache, und dieſe Ausnahme aufhebe, iſt zweifelhaft. Die meiſten Rechtsgelehrten [61]) ſind der Meinung, daß der Gläubiger auch ſelbſt noch nach dem Tode des Schuldners die einmal vom allgemeinen Pfandrecht eximirten Sachen nicht angreifen könne. Allein

61) BACHOV Tr. de pignorib. Lib I. cap. 7, nr. 1. CARPZOV Iurispr. for. P. II. Const. 23. Def. 11. und HERT cit. Diss. Cap. IV. §. 8.

Allein dagegen läßt ſich freylich noch einwenden, daß nun der Grund wegfällt. Denn mit dem Tode des Schuldners hören ja tägliche Bedürfniſſe und Zuneigung auf. Was kann alſo nun noch dem Wahlrecht des Gläubigers, aus welcher Sache er ſeine Befriedigung ſuchen wolle, ſo wie ihm ſolches die General-Hypothek gewährt[62]), entgegen ſtehen[63])? Indeſſen verdient der Erbe allerdings Gehör, wenn er ein beſonderes Intereſſe beweiſen kann, daß die Execution in eine gewiſſe Sache nicht vollſtreckt werde; und da überhaupt jene Sachen nur ſo lange ausgenommen ſind, als noch anderes Vermögen des Schuldners zur Befriedigung des Gläubigers vorhanden iſt, ſo würden auf jeden Fall dieſe ausgenommenen Sachen, ſofern nicht einem Andern dingliche Rechte daran ertheilt ſind, auch noch nach dem Tode des Schuldners dem Gläubiger zum Object der Execution dienen, wenn er ſonſt nicht befriediget werden kann[64]). Denn die eigenen Güter des Erben ſind der von dem Schuldner beſtellten Generalhypothek nicht unterworfen[65]).

Eine

62) *L.* 2. *pr. D. Qui potiores in pignore.*

63) S. WORDENHOFF Diat. de concursu et collisione utriusque hypothecae tum generalis tum specialis §. 13. und *Io. Herm.* BECKER Diss. de pignore universitatis. *Ienae* 1791. §. 4.

64) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1167. not. d. Weſtphal's Pfandrecht §. 37. Not. 59. und Thibaut Syſt. des Pand. Rechts 2. B. §. 638.

65) *L.* 29. *pr. D. h. t.* PAULUS respondit, generalem quidem conventionem sufficere ad obligationem pignorum: sed ea, quae ex bonis defuncti non fuerunt, sed postea ab herede eius ex alia causa adquisita sunt, vindicari non posse a creditore testatoris.

Eine allgemeine Hypothek giebt übrigens dem Gläubiger das Recht, aus jedem darunter begriffenen Stück der Güter des Schuldners, nach ſeinem Gefallen, ſeine Befriedigung zu ſuchen[66]), wenn auch die Sache, welche er mit der actio hypothecaria verfolgt, einem ſpätern Gläubiger beſonders wäre verpfändet worden, und das übrige Vermögen zur Befriedigung des allgemeinen Pfandgläubigers genügte[67]); es müßte denn ausdrücklich ausgemacht worden ſeyn, daß die dem ſpätern Gläubiger gegebene Special-Hypothek nur dann erſt angegriffen werden ſollte, wenn das allgemein verpfändete übrige Vermögen zur Befriedigung des erſten Gläubigers nicht hinreichen würde. Nun ſind zwey Fälle denkbar. Der erſte Pfandgläubiger erhält ſeine Befriedigung. Hier iſt nun der Fall nicht eingetreten, auf welchen die Special-Hypothek des zweyten Gläubigers dem erſten Gläubiger haften ſollte, und der Special-Pfandgläubiger hat nun an der ihm verpfändeten Sache die alleinige Hypothek. In dem zweyten Falle hingegen kann ſich nun auch der allgemeine Pfandgläubiger an die Special-Hypothek halten, als welche ihm auf dieſen Fall in subsidium haftet[68]).

66) *L. 8. D. de distract. pignor.*

67) *L. 2. D. Qui potior. in pignore.* Weſtphal §. 41.

68) S. WORDENHOFF cit. Diss. §. 8. et 9.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Glück, Christian Friedrich <<
von>>, / Hellfeld, Johann August,

Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein
Commentar für meine Zuhörer

Bd.: 18,1

Erlangen (1816)

J.rom.c. 137-18,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565407-5
VD18 90225147